



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo Fin de Grado, Grado en Derecho, 4º curso

Desahucio y riesgo de exclusión social



Autor: Manuel García Prieto

Tutora: M^a del Rocío Quintáns Eirás

ÍNDICE

Listado de abreviaturas.....	3
Antecedentes de hecho.....	5
I. Introducción: Aprendizaje por Servicios, un nuevo enfoque para los Trabajos Fin de Grado.....	7
<u>II. Regularización administrativa de los extranjeros en España.....</u>	<u>8</u>
2.1. Marco normativo de la extranjería y asilo en España.....	8
2.2. Concepto de protección internacional.....	9
2.3. Denegación de la protección internacional. Efectos y recursos.....	10
2.4. Permiso de trabajo y de residencia.....	11
2.5. Mecanismos existentes en el ámbito de extranjería para la regularización administrativa.....	13
2.6. Crítica a la evolución legislativa en materia de extranjería.....	15
<u>III. El derecho a la vivienda, las cláusulas abusivas en los arrendamientos de vivienda y la actuación ante una demanda de juicio verbal de desahucio.....</u>	<u>18</u>
3.1. Derecho a la vivienda y los problemas para la adquisición de una en el contexto español.....	18
3.2. Requisitos para proceder a un desahucio y el incremento progresivo de los mismos.....	20
3.3. Suspensión en los desahucios.....	22
3.4. Tutela extrajudicial para la resolución de conflictos.....	24
3.5. Cláusulas abusivas en los arrendamientos de vivienda.....	26
IV. Déficit en las garantías de los derechos y beneficios de los extranjeros privados de libertad en España.....	28
4.1. Derecho a la reeducación y reinserción social y la privación de derechos a Romeo.....	28
4.2. Peticiones, quejas y recursos en el seno de la Administración Penitenciaria.....	32
4.3. Distinción de derechos entre nacionales y extranjeros.....	34
<u>V. Cumplimiento de penas privativas de libertad por extranjeros.....</u>	<u>36</u>
5.1. Situación administrativa de los extranjeros privados de libertad con condena cumplida.....	36
5.2. Extranjeros condenados a penas privativas de libertad.....	37
5.2.1. Ser sudamericano y haber estado en prisión: un doble estigma.....	37
5.2.2. Crítica a la situación jurídico-penitenciaria española.....	39
VI. Conclusiones.....	41
VII. Bibliografía.....	44
VIII. Apéndice legislativo.....	47
IX. Apéndice jurisprudencial.....	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAP: Auto Audiencia Provincial.
ACAIP: Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias.
ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
ADR: Alternative Dispute Resolution.
AH: antecedente de hecho.
AJCVP: Auto Juez Central de Vigilancia Penitenciaria.
Art.: artículo.
Arts.: artículos.
CBP: Código de Buenas Prácticas.
CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CCO: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
CE: Constitución Española.
CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
DNI: Documento Nacional de Identidad.
DOG: Diario Oficial de Galicia.
FJ: Fundamento Jurídico.
GETS: Grupo de Estudios sobre Tendencias Sociales.
IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
IRPF: Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas.
JVP: Juez de Vigilancia Penitenciaria
LAU: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LO: Ley Orgánica.
LOEx: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
MF: Ministerio Fiscal.
NIE: Número de Identidad de Extranjero.
NIF: Número de Identificación Fiscal.
OAR: Oficina de Asilo y Refugio.
ODR: Online Dispute Resolution.
Pág.: página.
Págs.: páginas.
RD: Real Decreto.
RDL: Real Decreto Ley.
RISGA: Renta de Inclusión Social de Galicia.
RPe: Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
ss.: siguientes.
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TFG: Trabajo Fin de Grado.
TS: Tribunal Supremo.

TVR: Tabla de Variables de Riesgo.

UE: Unión Europea

UDC: Universidad de A Coruña.

ANTECEDENTES DE HECHO

A modo de recopilación y con la intención de clarificar de una forma más precisa el supuesto, me dispongo a realizar un resumen de los antecedentes de hecho sucedidos.

En primer lugar, doña Rosaura, de 45 años, llega a España junto a sus tres hijos en el 2015, estando los cuatro indocumentados. Al poco tiempo, deciden solicitar protección internacional, amparándose en que estuvieron en un programa de acogimiento ACCEM que les sirvió para obtener el permiso de residencia y de trabajo, ambos temporalmente.

Aproximadamente un año después de su llegada a España, doña Rosaura celebra un contrato de arrendamiento de vivienda con doña Lucía, propietaria de dicha vivienda. En el contrato aparece reflejada la siguiente cláusula: *“si finalizado el arrendamiento conforme a la estipulación anterior, el arrendatario no hiciese entrega de la vivienda arrendada en la fecha de vencimiento o de la de cualquiera de sus prórrogas, éste se obliga a satisfacer la cantidad diaria de 80 euros en concepto de penalización mientras subsista en dicha ocupación, así como de indemnización por daños y perjuicios”*.

Ya en abril de 2019 le deniegan el asilo porque no existían pruebas de que estuvieran viviendo una situación de auxilio y Rosaura pasa a encontrarse en una situación administrativa irregular, lo que conlleva la pérdida de su empleo y de la prestación RISGA (una prestación pública destinada a garantizar recursos económicos de subsistencia a quien carezca de ellos, así como a conseguir progresivamente su autonomía e integración social y laboral, mediante el derecho y el deber de participar en procesos personalizados de inserción con apoyo técnico y financiero del Sistema gallego de servicios sociales y del Sistema público de empleo de Galicia). Entonces, entra en una situación de riesgo de exclusión, no puede afrontar los gastos para alimentación por la falta de ingresos económicos y decide solicitar el arraigo social.

Tampoco puede hacer frente a los gastos relativos al alquiler de su vivienda y por ello la propietaria de la citada vivienda, doña Lucía, interpone una demanda de juicio verbal de desahucio por expiración contractual, reclamación de cantidades debidas y daños y perjuicios derivados de contrato de arrendamiento de vivienda. La cantidad solicitada por la parte demandante es de 315,90 euros (el equivalente a 23 días impagados correspondientes al alquiler del mes de agosto de 2019) y a 80 euros diarios, por la penalización contractual pactada señalada anteriormente, desde el 23 de agosto de 2019, momento en el que deja de abonar las cantidades correspondientes al alquiler, hasta que se produzca efectivo el desalojo de la vivienda ocupada. Doña Rosaura ha manifestado su intención de pagar las cantidades que adeuda, se encuentran a la espera de que le asignen una vivienda y ha firmado un contrato de trabajo de una duración de 365 días como cuidadora y empleada del hogar.

Por otro lado, uno de sus hijos, Romeo, mayor de edad, tuvo una pelea una noche que salió. Apuñaló con una navaja a otro joven sin causarle daños graves, sin necesidad de intervención médica y, debido a los anteriores sucesos, lo acusaron de intento de homicidio. Los jóvenes no se conocían, ambos estaban bajo los efectos de estupefacientes, discutieron y se pelearon. La sentencia condenó a Romeo a 5 años y 7 meses de prisión por tentativa de homicidio y en marzo de este año ya cumplió 3 años de la pena. Romeo indica que podría obtener permisos pero que no se los otorgan por no tener en regla la documentación e incluso solicitó un permiso para renovar el pasaporte en Madrid y no se lo han concedido. Por último, también alega que no le permiten acceder a estudios en la universidad dada su situación de indocumentación.

Para finalizar, decir que desde los servicios sociales se plantea la solicitud de renta social municipal, con una previsible concesión a largo plazo y también se insta al apoyo por parte de las ayudas de inclusión social para las necesidades fundamentales con previsión de medio plazo. Por esto se deriva a la institución Cáritas para valorar la posibilidad de prestación de ayuda para alimentación y productos de primera necesidad mientras no se resuelven las prestaciones solicitadas.

I. INTRODUCCIÓN: APRENDIZAJE POR SERVICIOS, UN NUEVO ENFOQUE PARA LOS TRABAJOS FIN DE GRADO

Desde hace unos años, nuestra facultad ha ofertado la posibilidad de realizar las prácticas externas en la institución de Cáritas, con el objetivo de completar la formación teórica de los alumnos, otorgándonos una posibilidad para adentrarnos en casos que requieren una mayor implicación pero también aportan un enriquecimiento laboral y humano más intenso para el estudiante, que contribuye a responder a una necesidad real.

Este año se ha dado un paso más. Ahora, además de tal posibilidad, podemos realizar el TFG estando ligados a Cáritas, recibiendo la información necesaria de un caso real que han tratado pero sin perder el carácter de trabajo individual y autónomo. A partir de aquí, nosotros resolvemos el caso, pudiendo contactar con ellos para solicitar más información y también con las personas implicadas en la controversia, como doña Rosaura.

En cuanto a la metodología aplicada para la resolución del caso, se ha optado por no enfocarla únicamente a la concreta problemática de esta familia, sino que se ha afrontado desde un prisma jurídico global con el objetivo de no reducir su utilidad a un único supuesto y que así sirva como respuesta en más de una ocasión.

Gracias a esta iniciativa se impulsan de una forma más efectiva las funciones y los fines de la Universidad reconocidos en los Estatutos de la UDC¹, en la Ley 6/2013 del Sistema universitario de Galicia² y en la LO 4/2007 de Universidades³. Tales funciones y fines son la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura; la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida y del desarrollo económico; y la difusión del conocimiento y de la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.

Bajo mi punto de vista, esta modalidad supone una motivación extra para alumno porque permite una intervención en un supuesto concreto, del que se espera extraer un aprendizaje más significativo. También se crea un *feedback* entre universidad y sociedad, realizando un ejercicio de responsabilidad social al producirse una transferencia de conocimientos de la primera a la segunda y así colaborar para responder a distintas necesidades sociales. Los conocimientos producidos en el seno universitario son puestos en práctica en una utilidad, digamos, más tangible, dejando atrás esa concepción de la universidad como una esfera racional y sosegada aislada de los problemas que le rodean.

En conclusión, esta nueva modalidad de TFG se antoja como una forma más material para que tanto el alumno como la propia universidad pongan a disposición de los demás su información y habilidades, jugando así un papel de colaboración directa en los problemas sociales que nos rodean.

¹ Estatutos Aprobados por el Decreto 101/2004 de 13 de mayo (D.O.G. de 26 de mayo) y modificados por el Decreto 194/2007, de 11 de octubre (D.O.G. de 17 de octubre)

² Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema universitario de Galicia (ELI:<https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2013/06/13/6/con>)

³ Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/04/12/4/con>)

II. REGULARIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

2.1. Marco normativo de la extranjería y asilo en España

Para analizar el marco normativo español del ámbito de la extranjería es más sencillo y ordenado proceder de un modo escalonado.

En primer lugar, el art. 13.1 de la Constitución Española⁴ establece el principio general de goce de libertades, traducido en que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la CE, en los términos que reflejados en los tratados y la ley. Desde un punto de vista jurisprudencial, haciendo referencia a la STC de 23 de noviembre de 1984⁵, observamos la afirmación de que los Derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.

En segundo lugar, el CC, en su art. 27⁶, aproxima el principio de equiparación de goce de los derechos civiles, el cual implica que los ciudadanos extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales o en los tratados internacionales. En este apartado también cabe resaltar el art. 15 del CCo⁷, que supone una equiparación entre los ciudadanos extranjeros y los ciudadanos españoles en lo que a la actividad mercantil se refiere.

El anterior principio se ha desarrollado vía Ley Orgánica, actualmente por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸. Esta norma otorga una serie de garantías, derechos y deberes a los ciudadanos extranjeros que podemos dividir en tres grupos. El primero, referido al ámbito personal de los ciudadanos extranjeros, recoge, por ejemplo, derecho a la documentación o el derecho a la intimidad familiar. En el segundo, sobre derechos políticos, el derecho de reunión y manifestación, de asociación y a la participación política. Y por último, un tercer grupo sobre derechos relativos a la educación, como el desempeño de actividades docentes e investigadoras⁹.

La actual LOEx, para que no quede lugar a dudas, recoge en su art. 5.1 que tienen derecho a circular libremente por el territorio español y a establecerse en España aquellos ciudadanos extranjeros que cumplan con lo que dispone el Título II de la ley, entendiendo por estos a aquellos que se encuentren dentro del régimen de estancia, de residencia temporal o residencia permanente.

También contamos con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹⁰, cuyo objeto es establecer los términos en que las personas nacionales de

⁴ Constitución Española (en adelante, CE) (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

⁵ STC de 23 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:107) FJ III

⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC) (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, CCo) (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con))

⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

⁹ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 78 y 79 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

¹⁰ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante, Ley 12/2009) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>)

países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

Por último, podemos destacar otras normas como el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009¹¹; o el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo¹².

2.2. Concepto de protección internacional

Se trata de sistema que tiene como objetivo atender el estado de necesidad de los solicitantes o beneficiarios de protección internacional en situación de vulnerabilidad. Está conformado por una red de centros de acogida titularidad pública, Centros de Acogida a Refugiados y por dispositivos y programas de atención a solicitantes y beneficiarios de protección internacional, gestionados por entidades sin fin de lucro especializadas, subvencionadas con este fin por la Dirección General de Migraciones.¹³

La protección internacional, en general, está dirigida a tres grupos de personas: refugiados, que son personas que se encuentran fuera de su país de origen debido a una amenaza grave contra su vida; personas que no son refugiadas, pero que necesitan protección internacional por un desastre natural o a una emergencia de salud, entre otros; y apátridas, aquellos a los que se les niega una nacionalidad¹⁴.

En los últimos años se ha producido un incremento progresivo en el número de solicitudes de protección internacional desde el 2012, fruto del aumento en las llegadas de ciudadanos procedentes de Latinoamérica. No obstante, ha disminuido la tasa de reconocimiento de la condición de refugiados, pues únicamente el 5 % de las propuestas de resolución de la OAR recomendaron la concesión del estatuto del refugiado o la protección subsidiaria, lejos del 26 % de 2018.

De acuerdo con el art. 4 de la Ley 12/2009 las personas que solicitan protección internacional pueden ser beneficiarias de la llamada protección subsidiaria/asilo en aquellos casos en los que las autoridades aprecien la existencia de motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en la ley, a pesar de no reunir los requisitos para ser reconocidas como refugiadas según la Convención de Ginebra de 1951. El art. 16.1 de esta ley recoge el derecho a solicitar protección internacional. Ostentan este beneficio las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español. Los arts. 34 y 35 regulan la intervención en el procedimiento para la solicitud de la protección, procedimiento en el que el ACNUR es la piedra angular.

¹¹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RD 557/2011) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>)

¹² Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (en adelante, RD 203/1995) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/02/10/203/con>)

¹³ <http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/ProteccionAsilo/informacion/index.html> [Consultado el 23/03/2020]

¹⁴ https://eacnur.org/blog/proteccion-internacional-la-esperanza-de-millones-de-personas-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/ [consultado el 23/03/2020]

La protección internacional otorga a su beneficiario numerosos derechos y deberes, como no ser devuelto al país de origen, la autorización de residencia y trabajo y obtención de documento de identidad, al reagrupamiento de familiares directos o al acceso a servicios públicos de empleo, a la educación, asistencia sanitaria, vivienda, asistencia y servicios sociales, etc. en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles¹⁵.

Además, sus hijos también estarán amparados por el derecho de asilo. El art. 40 de la Ley 12/2009 dispone que el restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrá garantizarse mediante la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria por extensión familiar cuando los ascendientes en primer grado que acreditasen la dependencia y sus descendientes en primer grado que fueran menores de edad, quedando exceptuado el derecho a la extensión familiar en los supuestos de distinta nacionalidad.

Para el caso a tratar, es interesante abordar la problemática de la situación internacional porque estamos ante una de las cuatro circunstancias excepcionales, además del arraigo, las razones humanitarias y la colaboración con autoridades administrativas, judiciales, policiales y fiscales, que permiten a personas que se encuentran en España en situación irregular solicitar la autorización de residencia sin necesidad de volver al país de origen.

2.3. Denegación de la protección internacional. Efectos y recursos

En caso de obtener una resolución denegatoria, el precepto número 37 de la Ley 12/2009 especifica los efectos que implica. El retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron serán, según el caso, las consecuencias de la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional, salvo que, de acuerdo con la LOEx, la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia o que se autorice su estancia o residencia en España por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente. Es decir, con una resolución de asilo desestimatoria se concede un plazo de 15 días para la salida obligatoria.

Los ciudadanos extranjeros encuentran protección en la LOEx, la cual les reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a la justicia gratuita. El primero está recogido en el art. 20.1 de la ley mencionada en este párrafo y tiene una fundamentación constitucional al disponer el art. 24.1 CE que los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos con el fin de que no caigan en indefensión. Además, encontramos numerosas sentencias que así lo corroboran, como por ejemplo la STC 236/2007, de 7 de noviembre¹⁶, afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva lo ostentan todos los ciudadanos con independencia de su nacionalidad o condición de persona física o jurídica, siempre que el ordenamiento jurídico le reconozca capacidad para ser parte en el proceso. De una forma más concreta, el artículo posterior reconoce el derecho al recurso contra los actos administrativos al establecer que los actos y resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El segundo se encuentra regulado en el precepto 22 de la LOEx, el cual reconoce que los extranjeros que se hallen en España ostentan este derecho en los procesos en los que

15

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201485/Informacion_solicitantes_Asilo_Espa%C3%B1ol_126160083.pdf/d8fb2cb4-9bc4-4a53-9032-628c02f1e114 [Consultado el 23/03/2020]

¹⁶ STC de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236) FJ IV

sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

Una vez aclarados que los ciudadanos extranjeros tienen la posibilidad de recurrir al mismo nivel que un ciudadano español en un plano teórico, el modo de actuación obedece a lo dispuesto en el art. 29 de la Ley 12/2009. En primer lugar observamos que para que una resolución no ponga fin a la vía administrativa es necesario haber presentado la petición de reexamen prevista en el cuarto apartado del art. 21 de esta ley (contra la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla). En este caso, la resolución que pondrá fin a la vía administrativa será la que resuelva la presente petición. Independientemente de si se ha optado por proceder conforme al apartado 4 anteriormente mencionado o no, las resoluciones sobre protección internacional serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si se optara por interponer un recurso contencioso-administrativo y solicitar la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tendrá la consideración de especial urgencia contemplada en el art. 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁷.

Como última opción, el ciudadano extranjero podrá solicitar un recurso de revisión cuando se haya denegado la solicitud y hayan aparecido nuevos elementos probatorios, conforme a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸.

2.4. Permiso de trabajo y residencia

El permiso de trabajo y residencia consiste en una autorización de residencia temporal y trabajo, en este caso por cuenta ajena, que solicita un empleador o empresario para la contratación de un trabajador que no se halle ni resida en España¹⁹.

Sobre el derecho al trabajo desde un prisma constitucional puede parecer que la Carta Magna, en su art. 35.1, lo reconoce únicamente para los ciudadanos españoles, pero esto no es correcto porque el art. 13.1 de la misma norma establece que los extranjeros gozarán en España del derecho al trabajo, si bien lo harán según lo previsto en los tratados y en la ley, con la salvedad de los ciudadanos comunitarios que poseen el derecho de libertad de circulación y establecimiento e igualdad con respecto a los españoles, como estipula el art. 18 del Tratado de Lisboa²⁰²¹. Se trata pues de un derecho social recogido en nuestra Constitución como un derecho y deber del ciudadano, con la particularidad

¹⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>)

¹⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>)

¹⁹

<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja017/index.html#autorizacion> [consultado el 25/03/2020]

²⁰ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (ELI: <http://data.europa.eu/eli/treaty/teec/sign>)

²¹ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 88 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

de que está reconocido textualmente solo a los españoles, lo cual es una circunstancia contraria a su configuración como derecho social y, por tanto, a su universalidad²².

El art. 32 de la ley 12/2009 dispone que las personas solicitantes de protección internacional estarán autorizadas para trabajar en España en los términos que reglamentariamente se establezcan. En el caso de concesión, el trabajador dispone de un mes desde la notificación al empleador, para solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida, resolviendo la misión diplomática sobre la solicitud en el plazo de un mes. Doña Rosaura deberá entrar en España durante los tres meses de vigencia del visado, que habilita para la entrada y permanencia en España en situación de estancia hasta que se produzca su afiliación y alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social, dentro del plazo de tres meses desde la entrada. Pasado un mes desde que doña Rosaura se haya dado de alta en Seguridad Social, deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía de la provincia donde se haya tramitado la autorización²³.

La LOEx en su art. 10 reconoce que los extranjeros residentes, siempre y cuando reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollan, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena y también sí como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. Este mismo precepto también brinda a los extranjeros la posibilidad de acceder al empleo público en los términos previstos en Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público²⁴.

Por su parte, la residencia se refiere a la caracterización legal consistente en una situación en la que prima la finalidad de la entrada y, por tanto, la dimensión sustantiva de la permanencia, sobre la temporal de esta²⁵.

La misma Ley Orgánica aclara en su art. 32 que la residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles. También que tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente. Además, la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se supeditará al alta del trabajador en la Seguridad Social, condición que se cumple en el supuesto de doña Rosaura.

Volviendo al caso concreto, vemos que a doña Rosaura se le ha concedido el permiso de residencia y trabajo temporal, concretamente por cuenta ajena, lo que quiere decir, según el art. 62 del RD 557/2011, tras su reforma por LO 2/2009, que se encuentra autorizada a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena.

²² Ibid

²³ Ibid

²⁴ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con>)

²⁵ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 106 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

2.5. Mecanismos existentes en el ámbito de la extranjería para la regularización administrativa

Llegados a este punto, la protección internacional que pretendía doña Rosaura resultó denegada debido a la carencia de pruebas para demostrar que efectivamente estuviera padeciendo una situación de auxilio. Entonces pasa a encontrarse en una situación administrativa irregular, lo que conlleva a la pérdida de su empleo y también de la prestación RISGA que recibía hasta ese instante y, a priori, debe abandonar el territorio español en los 15 días siguientes desde que se ha dictado la resolución²⁶. A pesar de lo anterior, aun cuenta con la posibilidad de regularizar su situación.

En primer lugar, existe una autorización de residencia temporal por motivos excepcionales en el art. 31.3 de la LOEx y en el art. 123 del RD 557/2011. Las circunstancias especificadas en estas normas son arraigo laboral, familiar o social; protección internacional; razones humanitarias; colaboración con autoridades públicas; o razones de seguridad nacional o interés público. También, la reforma de LOEx del año 2009 incluye en su art. 32 la posibilidad de obtener una autorización de residencia de larga duración tras haber residido de manera legal y continuada durante 5 años en uno de los Estados Miembros de la UE.

Este tipo de autorizaciones, sujetas cada una de ellas al cumplimiento por parte del ciudadano extranjero de unos determinados requisitos previstos, darán lugar a la concesión de una autorización de residencia sin necesidad de solicitar un visado como cualquier otra solicitud de autorización de residencia inicial o autorización de estancia por estudios²⁷.

Por desgracia, situaciones de Rosaura suceden en numerosas ocasiones debido a la dificultad en la tramitación de autorizaciones de residencia y trabajo iniciales, lo que ha fomentado el incremento de la entrada y permanencia irregular de ciudadanos extranjeros en España, con el fin de acogerse al cumplir los requisitos legalmente exigidos para obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Esta dificultad se produce en dos ámbitos: en la limitación por los requisitos en autorizaciones de residencia y trabajo iniciales como es el caso del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y en la impuesta por la gestión administrativa de los flujos migratorios de entrada en España²⁸.

La jurisprudencia mayoritaria, como se observa en la STSJ 40/2016 del de las Islas Baleares²⁹, se inclina por anular la orden de expulsión de oficio en los casos en los que todo expediente para legalizar a un ciudadano extranjero por circunstancias excepcionales es correcto, y el único impedimento legal existente es la propia orden de expulsión³⁰.

Junto con lo anterior y también con lo dispuesto en sentencias como la STSJ 157/2015 de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de julio de 2015³¹, el arraigo (vínculo familiar, laboral, social o estable temporalmente del extranjero con España) se empieza a clarificar como la opción más verosímil para que Rosaura regularice su situación. El dictamen reafirma que el arraigo de un ciudadano extranjero

²⁶ Estudio monográfico de la European Migration Network, *Retorno de solicitantes de asilo rechazados: desafíos y buenas prácticas*, 2016, pág. 20 [http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/ficheros/2015_2016/ES-_Rejected_Asymylum_Seekers_final_30032016.pdf]

²⁷ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 150 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

²⁸ Ibid pág. 153

²⁹ STSJ Baleares de 29 de enero de 2016 (ECLI: ES:TSJBAL:2016:40) FJ III

³⁰ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 201 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

³¹ STSJ Santa Cruz de Tenerife de 9 de julio de 2015 (ECLI: ES:TSJICAN:2015:3142) FJ IV

en territorio español es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España por considerarse en estos casos como prevalente el interés particular frente al general. También se observa en otras sentencias, como la STSJ de Castilla-La Mancha 138/2015, de 2 de febrero de 2015, que el derecho a la reagrupación familiar prima sobre el interés general consistente en que un miembro extranjero de la familia abandone el territorio nacional, viéndose así entonces amparados los hijos de doña Rosaura. A esto último debemos añadir una salvedad: al encontrarse el hijo mayor en prisión y tener antecedentes penales, establece el art. 71.5 del RD 557/201, tras su reforma por LO 2/2009, que para la renovación de la autorización se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los respectivos informes, que el extranjero haya cumplido la condena y que haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena³².

Además, la jurisprudencia ha manifestado en más de una ocasión que constituye arraigo la reagrupación familiar y la integridad familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido titular de permisos de residencia y desde el momento en que se ha probado la permanencia continuada en España y se ha tenido por acreditada la incorporación real al mercado de trabajo con la oferta irrevocable para trabajar se integra el concepto de arraigo³³.

Una vez examinadas las posibilidades ofrecidas por la ley y la perspectiva jurisprudencial al respecto, es necesario elegir el tipo de arraigo (laboral, social o familiar) que más se adecúe a este supuesto.

El primero en ser descartado es el familiar porque doña Rosaura no cumple uno de los requisitos exigidos para verse amparada por este supuesto, ya que no es madre de menor de nacionalidad española, o hija de padre o madre que hubiera sido originariamente español³⁴.

Por otro lado, el arraigo laboral tampoco resulta posible por no cumplir doña Rosaura uno de los requisitos correspondientes, concretamente el que consiste demostrar la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, ya que, si bien es cierto ha obtenido diversos contratos de trabajo a lo largo de su estancia en España, el de mayor duración es de 122 días³⁵.

El tercer tipo de arraigo es el social. Se trata de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que se podrá conceder a ciudadanos extranjeros que se hallen en España y, o bien tengan vínculos familiares en España o estén integrados socialmente. Doña Rosaura cumple todos los requisitos necesarios, que son los siguientes:

- No ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países a los que les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión.
- Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

³² STSJ Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TSJCLM:2015:138) FJ III

³³ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 184 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

³⁴

<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja037/index.html> [consultado el 29/03/2020]

³⁵

<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja035/index.html> [consultado el 29/03/2020]

- No tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- No encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen.
- Haber permanecido con carácter continuado en España durante un periodo mínimo de tres años. Para que este requisito se cumpla, las ausencias de España durante este período no pueden superar los 120 días.
- Presentación de un informe que acredite su integración social emitido por la Comunidad Autónoma (o el Ayuntamiento si la Comunidad Autónoma lo ha autorizado), en cuyo territorio tenga su domicilio habitual.
- Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y empleador, para un periodo no inferior a un año. La empresa o el empleador deben encontrarse inscritos en la Seguridad Social, así como hallarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.
- Si la parte contratante es una persona física deberá acreditar, una vez descontado el pago del salario convenido, el 100% del IPREM si no hay familiares a su cargo.
- Al incluir la unidad familiar más de dos personas se deberá sumar a la cantidad anterior el 50 % del IPREM por cada miembro adicional³⁶.

En conclusión, observamos que doña Rosaura puede evitar su retorno y el de sus hijos a Honduras recurriendo a la vía del arraigo social y, además, conseguir el cese de la situación administrativa irregular en la que se encuentra desde la resolución en la que ha visto denegada la protección internacional.

2.6. Crítica a la evolución legislativa en materia de extranjería

Situaciones como la de doña Rosaura son comunes y han aumentado a lo largo de los años. Prácticamente a día de hoy, la autorización de residencia por circunstancias excepcionales haya sido la única forma en la que los ciudadanos extranjeros que se encontraban de forma irregular en España pudieran regularizarse, debido en gran parte al endurecimiento progresivo de los requisitos correspondientes para poder solicitar una autorización de residencia y trabajo inicial. Además, tal endurecimiento ha operado de una forma totalmente contraproducente para lograr el objetivo perseguido, puesto que los desplazamientos de ciudadanos extranjeros a España han aumentado en los últimos años³⁷.

Entonces, para canalizar hacia la regularidad al colectivo de ciudadanos extranjeros que se encontraban de manera irregular en España y que no hubieran estado sujetos a expulsión existe la

³⁶

<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/informacioninterres/informacionprocedimientos/ciudadanosnocomunitarios/hoja036/index.html> [consultado el 29/03/2020]

³⁷ GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 152 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388>]

necesidad de instituir el arraigo como un mecanismo ordinario de regularización, distinto a las regularizaciones masivas. Es decir, esta apuesta supone eliminar la rigidez surgida desde el año 2009 en relación a los flujos migratorios y dirigir las nuevas políticas a encauzar dichos flujos³⁸.

Sin embargo, la norma más relevante para este supuesto y para el panorama general de la extranjería en España, la LOEx se muestra insuficiente e inoperante para hacer frente a la grave, creciente y poliforme realidad de la emigración en España. Un ejemplo en su inoperatividad como medio de control del flujo migratorio que se ve operativamente todos los días en las aguas del Estrecho o las Islas Canarias, y que deja sin solución algunos problemas graves como es la situación de los inmigrantes con orden de expulsión, retorno o devolución cuando no es posible su ejecución, y transcurre el límite de los cuarenta días de internamiento³⁹.

La integración social del inmigrante no opera efectivamente cuando frente a un grupo de inmigración residente legal, sin problemas para ser titulares de derechos, aparece una inmigración residente ilegal que, por las condiciones de marginalidad a los que les condena el difícil proceso de legalización de su residencia y su acceso a las redes de economía sumergida. Estos últimos difícilmente son vistos como ciudadanos de pleno derecho por el resto de la población, un fenómeno que se extienden no solo a la masa de irregulares sino también a aquellos que viven aparentemente integrados en nuestro entorno⁴⁰.

Destacan los comentarios de los autores del libro “El nuevo régimen jurídico de la inmigración de España”, Carlos Esplúgues Mota y Manuel De Lorenzo Segrelles, a determinados aspectos de nuestra regulación legal, realizando una crítica a la desconexión que hay entre estancia y residencia, de forma que agotado el primer periodo se tendrán que iniciar *ex novo* los trámites para obtener la residencia, problema actualmente falto de solución⁴¹.

Para concluir con esta pregunta, se abordará el debate referido a la permisividad para la entrada de inmigrantes en las fronteras españolas. Las palabras que en su día pronunció el filósofo Paul Ricoeur son realmente pertinentes para este supuesto y para la situación jurídica de los extranjeros en España. El pensador francés afirma que si queremos de verdad acoger a los extranjeros que llegan a Europa cada vez con más asiduidad, más allá de las justas, necesarias y prioritarias reglas a establecer, no debemos buscar solo comprenderlos o penetrar en su mentalidad, su psicología, su civilización, sino poner en acto una auténtica inversión de la perspectiva comunicativa, es decir, ponerse en condiciones de hacernos comprender, en suma, de hacernos reconocer. Entonces, aceptar a los otros significa reconstruir también en nosotros el sentido de una pertenencia humana. No está sugiriendo la fusión, la limitación de la identidad, sino la conciencia de que la corresponsabilidad comporta el mutuo reconocimiento. Si nos ponemos en la condición de hacernos comprender, los otros estarán automáticamente investidos de la responsabilidad de comprendernos⁴².

John Locke publicó en 1667 su “Ensayo sobre la tolerancia”. Desde su punto de vista, la falta de libertad religiosa obligaría a los puritanos a emigrar, perdiendo el estado una parte de su población, así como la riqueza asociada a ellos. A su vez, consideraba que el contacto entre distintas religiones solo podía enriquecer a ambas. Voltaire también escribe sobre la tolerancia, concibiéndola como principio para la convivencia pacífica y libre con su “no hagas lo que no quieras que te hagan”

³⁸ Ibid pág. 33

³⁹ ESPLUGUES MOTA, C., DE LORENZO SEGRELLES, M., 2001. *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 217 y 218 [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=486834>]

⁴⁰ Ibid pág. 217

⁴¹ Ibid

⁴² Ibid pág. 219

(Voltaire, 1998:33). Asimismo, aseveró que existe una estrecha relación entre la tolerancia y el espíritu crítico y racional que nos conduce al conocimiento del mundo y de nosotros mismos.⁴³

Si bien estos autores pusieron la primera piedra en el camino, creo que para esta situación hay que ir más allá y no hablar simplemente de tolerancia, sino de hospitalidad. Jürgen Habermas en su obra “La inclusión del otro. Estudios de teoría política” (1996) opina que la concepción de la tolerancia es deudora de la noción del sujeto moderno, del otro como un sujeto enfrentado a otro sujeto que soy yo mismo, mientras que en el caso de la hospitalidad se percibe un pensamiento en consonancia con la temática de la alteridad, del otro como otro. Siendo que el otro resulta opaco y, por tanto, asimétrico a mí, la hospitalidad constituiría la afirmación de ese otro y su respeto, pese a la condición inevitable de la incomprensión.⁴⁴

Además, siguiendo al filósofo Derrida, frente a la imposibilidad de disponer de un espacio para el otro, en tanto todo espacio se halla desde siempre contaminado por la alteridad, no obstante, es necesario insistir en la posibilidad de una apertura hospitalaria, aun cuando la apertura solo pueda ser deficiente y provisional (Derrida, 1998a: 54). Es decir, debemos seguir apostando por esa hospitalidad aunque no podamos cumplirla de una forma perfecta.⁴⁵

A pesar de estas citas con las que pretendo expresar que lo correcto es crear unos cimientos legislativos para que las personas inmigrantes puedan encontrar en España un clima de igualdad, entiendo que existen otros factores susceptibles de consideración a los que les otorgo menos importancia por motivos ideológicos, como puede ser el impacto de los flujos migratorios en la economía, demografía, seguridad en el control de las fronteras, etc. Mi intención no es desacreditar aquí otras opiniones ni hablar desde un prisma jurídico, simplemente mostrar que creo que la humanidad debe primar sobre otros intereses.

⁴³ BALCARCE, G., 2014. *Hospitalidad y tolerancia como modos de pensar el encuentro con el otro. Una lectura derrideana*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, págs. 197, 198 y 199 [<http://www.scielo.org.co/pdf/ef/n50/n50a11.pdf>]/965]

⁴⁴ Ibid pág. 201

⁴⁵ Ibid pág. 211

III. EL DERECHO A LA VIVIENDA, LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA Y LA ACTUACIÓN ANTE UNA DEMANDA DE JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO.

3.1. El derecho a la vivienda y los problemas para la adquisición de una en el contexto español

El derecho a la vivienda está reconocido en muchos textos a nivel internacional y regional. A nivel internacional, los dos textos más importantes son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. A nivel regional, el texto más significativo es la Carta Social Europea, revisada en 1996⁴⁶.

Desde un prisma constitucional, existen tres artículos pertinentes para esta cuestión. En primer lugar, el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, no pudiendo nadie ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

A continuación, el art. 47 CE estipula que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. En base a este precepto, el TS ha concluido que los poderes públicos intervienen en las tres esferas de la acción administrativa. Primero, el Servicio público en vivienda, entendiéndose como el conjunto de medios humanos, materiales y económicos que tiene la Administración para satisfacer una necesidad pública a través de la prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio y sometida a Derecho público. Segundo, la actividad de fomento a la vivienda, esto es, la actividad administrativa que orienta la actividad privada hacia el interés general mediante incentivos públicos. Y tercero, la policía administrativa en materia de vivienda, concretada en los regímenes sancionadores, y en los que goza de un destacado papel la inspección a las viviendas protegidas, bien por defectos constructivos denunciados por los interesados, bien por inspecciones de oficio para comprobar que las viviendas están habitadas y constituyen el domicilio habitual y permanente de los titulares de la vivienda⁴⁷.

Siguiendo con el art. 49 CE, los poderes públicos deberán realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título, relacionado con los Derechos y Deberes Fundamentales, otorga a todos los ciudadanos.

Nuestra Constitución recoge entre sus principios rectores de la política social y económica el derecho a la vivienda, entendido como derecho social en sentido estricto, esto es, no se configura como subjetivo y no concede, por tanto, a sus titulares una acción ejercitable ante los tribunales para la obtención directa de una vivienda digna y adecuada. Así pues, la vivienda solo se configuraría como efectivo derecho subjetivo con el consiguiente acto de interposición naciendo tal derecho de la contraprestación pagada por el inquilino, y no de la norma⁴⁸.

En consecuencia, el derecho a la vivienda reconocido constitucionalmente no tiene por objeto la titularidad de una vivienda concreta, sino que se materializa en un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo las actuaciones precisas que hagan factible el disfrute de una vivienda digna y adecuada. Por tanto no debe confundirse con el derecho de propiedad del art. 33 CE, por lo que no se

⁴⁶ PALLARÉS SALES, L., PACHECO JIMÉNEZ, M^a NIEVES, 2011. *El derecho a la vivienda del reconocimiento constitucional a la realización efectiva*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Castilla La-Mancha, pág. 365 [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3977281>]

⁴⁷ Ibid pág. 359

⁴⁸ Ibid pág. 358

agota en facilitar el acceso a una vivienda en propiedad, sino que la protección alcanza también el uso y disfrute, con independencia del título jurídico que lo fundamente. Ello choca de lleno con el deficiente mercado español de alquiler, lo que conlleva que el referido derecho no quede suficientemente garantizado⁴⁹.

Específicamente en materia de vivienda, preocupan al Comité DESC el número insuficiente de viviendas sociales, la creciente falta de asequibilidad de la vivienda, particularmente en el mercado privado, debido a los precios excesivos y la falta de protección adecuada de la seguridad de la tenencia, así como el elevado número de hogares sin vivienda adecuada y de personas sin hogar. Además, subraya la falta de un marco legislativo adecuado que determine las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas. Conforme a lo anterior, recomienda a España que adopte un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios o desalojos forzados, que entre otros incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que tengan acceso a una compensación o la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las decisiones que ordenen los desahucios y tengan acceso a un recurso judicial efectivo⁵⁰.

Sobre esta compensación a la que se refiere el Comité, según la SAP 23/2015 de Melilla, de 13 de Mayo de 2015, es admisible que el demandado arrendatario pueda oponer la compensación de posibles créditos que ostentara frente a la entidad actora arrendadora hasta el límite de las rentas que se consideran debidas, pues lo que el artículo 438.3 de la LEC impide es reclamar a quien ha sido demandado de desahucio la diferencia entre su crédito y el crédito que le es reclamado por falta de pago de rentas⁵¹.

En cuanto a la segunda parte de este apartado, los problemas existentes para la adquisición de una vivienda, observamos como las características del modelo residencial español revelan su incapacidad para satisfacer convenientemente las necesidades de alojamiento. Aun así, los indicadores correspondientes a la vivienda, al igual que sucede con otros de índole social (paro, temporalidad del empleo, política familiar...), muestran las insuficiencias y las debilidades que España presenta en esta esfera en relación con los restantes países de la Unión Europea.⁵²

Sin duda, la característica más llamativa de la estructura residencial española es el enorme peso de la vivienda en propiedad, resultando la tenencia en alquiler residual (14%) y aún más el alquiler social (2%), sobre todo, si se compara con el promedio europeo del 18 por ciento. A mayores debemos añadir otras peculiaridades, como que España es el país que dedica menor porcentaje del PIB a gasto en vivienda, lo cual implica, por ejemplo, que las viviendas de protección oficial respecto a las viviendas libres han reducido continuamente su peso.⁵³

Además, el dinamismo constructivo de la década del 2001 en España determina que sea el país europeo que cuenta con mayor porcentaje de viviendas destinadas a segunda residencia y viviendas vacías, lo que a su vez explica que hoy ocupe, entre los países de la UE, simultáneamente, el primer lugar por el número de viviendas por cada 1.000 habitantes y, el último, si la ratio se determina solo con las viviendas principales. No es extraño, pues, que sea el que concentre más personas por vivienda,

⁴⁹ Ibid pág. 360

⁵⁰ BENITO SÁNCHEZ, J.C., 2019. Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. *Revista jurídica de los Derechos sociales Lex Social*, vol.9, pág. 588. [file:///C:/Users/manue/Downloads/4228-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12550-2-10-20200118.pdf]

⁵¹ SAP Melilla de 13 de mayo de 2015 (ECLI: ES:APML:2015:122) FJ I

⁵² DÍAZ RODRIGUEZ, C., 2003. La vivienda en España: reflexiones sobre un desencuentro. *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales Scripta Nova*, vol. VII, núm. 146. ([http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146\(095\).htm](http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(095).htm))

⁵³ Ibid

porque si bien una reducida proporción de familias dispone de más de una en propiedad, otras, en cambio, se enfrentan a su carencia. A esto hay que sumarle que España se sitúa entre los primeros lugares por el incremento que experimentan los precios de la vivienda, constituyendo un eje básico de desigualdad social al actuar primero como filtro entre los que pueden o no comprar y, después, entre estos últimos, de acuerdo con sus niveles de ingresos.⁵⁴

En definitiva, el modelo de ciudad al que abocan esas tendencias y el decisivo apoyo público a esta modalidad mediante un tratamiento fiscal que incentiva la compra frente al alquiler parece que está diseñado para dos prototipos opuestos de ciudadanos: los disponen de un buen nivel económico para adquirir un alojamiento y los que, a falta de tal nivel económico, se encuentran a la espera de una respuesta pública inexistente hasta la fecha.

3.2. Requisitos para proceder a un desahucio y el incremento progresivo de los mismos

Para poder proceder a un desahucio por impago de alquiler sin que este sea considerado un desalojo forzoso, deben concurrir los siguientes requisitos: la medida debe estar prevista por ley, debe realizarse como último recurso, las personas afectadas deben tener acceso a un recurso judicial efectivo en el que se dirima si la medida está debidamente justificada, debe existir una consulta genuina y efectiva con los afectados, no deben existir medios alternativos o medidas menos gravosas y las personas afectadas no deben quedar en una situación que constituya una violación de derechos humanos o que los exponga a ello⁵⁵.

El art. 1569 CC indica los supuestos en los que el arrendador podrá desahuciar judicialmente al arrendatario, justificándose en este caso por la falta de pago en el precio convenido.

Además, el art. 27 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁵⁶ aclara el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere realizado las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.124 del CC. Este art. 1124 CC se refiere a la resolución de obligaciones recíprocas, en virtud del cual el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por la falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario, coyuntura que se da en este supuesto.

No es baladí para este caso la modificación de la LEC introducida por la Ley 5/2018, en relación a la ocupación ilegal de viviendas⁵⁷ modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, alterando ciertos elementos del procedimiento de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión. Permite así que soliciten la inmediata recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social. Quedan excluidas, por

⁵⁴ Ibid

⁵⁵ BENITO SÁNCHEZ, J.C., 2019. Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. *Revista jurídica de los Derechos sociales Lex Social*, vol.9, pág. 592 [file:///C:/Users/manue/Downloads/4228-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12550-2-10-20200118.pdf]

⁵⁶ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/1994/11/24/29/con>)

⁵⁷ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2018/06/11/5>)

tanto, las personas jurídicas con ánimo de lucro, como entidades financieras o fondos de inversión, que no podrán acudir a este mecanismo especial en ningún caso⁵⁸.

Por otro lado, en cuanto al galopante incremento del número de desahucios en España en la última década podemos decir que, junto a las insuficientes reacciones políticas, ha propiciado un clima de desamparo en el ámbito de la vivienda. Traduciendo esto a cifras concretas, los 27.251 lanzamientos recibidos en 2008 han ido incrementándose progresivamente hasta registrar 70.257 lanzamientos en 2012 según el Tribunal Superior de Justicia, según los juzgados de primera instancia esta cifra ascendería a 101.034.⁵⁹

Es cierto que se ha intentado paliar esta situación por medio de la reforma para agilizar los desahucios en el mercado de la vivienda de alquiler, del establecimiento por parte del gobierno de un CBP para las entidades financieras y de las medidas urgentes aprobadas para proteger a deudores hipotecarios más vulnerables, aprobado en un real decreto en noviembre de 2012, pero la Comisión Europea en Bruselas redactó un informe donde destacaban el escaso impacto que la medida aprobada por el Gobierno iba a tener en la situación de general española debido a cuatro razones: 1) los bancos no renuncian a sus derechos sobre las viviendas embargadas; 2) los criterios de las familias que se pueden acoger a dicha medida son muy restrictivos; 3) el porcentaje de morosidad para las hipotecas residenciales aumentó entre 2008 y 2009, pero ha permanecido relativamente estable desde entonces en torno al 3,2% de todos los préstamos y 4) las medidas tienen fecha de fin, el 15 de noviembre de 2014.⁶⁰

La asociación jueces para la democracia emitió un comunicado sobre la ineficacia del Código de Buenas Prácticas y su redundancia, ya que en la actualidad ya se prevé en la Ley Hipotecaria la posibilidad de que las partes, entidad bancaria y deudor hipotecario, pacten desde un inicio la posibilidad de liquidar definitivamente la deuda con la entrega de la vivienda. Reclaman que este Código no sea voluntario y que las consecuencias de una eventual crisis como la actual se repartan de manera más igualitaria entre las partes afectadas, no solo en el deudor. Otras propuestas a tener en cuenta para mejorar la situación del deudor sería introducir el concepto del deudor de buena fe, la ampliación de supuestos del umbral de exclusión propuesto por el CBP, la limitación de los intereses moratorios.⁶¹

Como país pionero en resultar efectivo para paliar el déficit tenemos a Alemania, que ha paliado este déficit construyendo viviendas en cooperativas, las cuales alcanzan un 10% sobre el total del mercado. Las cooperativas de viviendas tienen una mayor capacidad de prosperar si la dinámica de cooperativas está institucionalizada y en el mercado de vivienda es estable, donde el objetivo económico de la vivienda se percibe principalmente en cuanto a su uso práctico. Por tanto, sería una nueva fórmula para satisfacer la necesidad de vivienda que tenemos todas las personas y hogares, que más allá del sector privado lucrativo y el sector público, se haría desde un tercer sector (la economía social) y de una manera innovadora.⁶²

⁵⁸ BENITO SÁNCHEZ, J.C., 2019. Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. *Revista jurídica de los Derechos sociales Lex Social*, vol.9, pág. 601 [file:///C:/Users/manue/Downloads/4228-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12550-2-10-20200118.pdf]

⁵⁹ CANO, G., ETXEZARRETA, A., 2014. La crisis de los desahucios en España: respuestas institucionales y ciudadanas. *Revista de Economía Crítica*, n°17, pág. 45 (http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n17/03_Cano-Etxezarreta_Crisis-de-los-desahucios.pdf)

⁶⁰ Ibid pág. 50

⁶¹ Ibid pág. 51

⁶² Ibid pág. 55

3.3. Suspensión en los desahucios

Con la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios⁶³, y también con la última reforma de la LEC, se pretendía mejorar y agilizar los procesos de desahucio, salvaguardando los derechos y garantías del individuo de buena fe. Se simplifican los procedimientos de tal modo que, cualquiera que sea la naturaleza del arrendamiento o de la pretensión, seguirán los cauces del juicio verbal o juicio ordinario. Para el caso que nos concierne, un desahucio por falta de pago, seguirá la vía del juicio verbal, como indica el art. 249.6 LEC. También la ley anterior, añade que si el demandante se opone a la enervación se cita a las partes a la vista del art. 443 LEC, tras la cual el Juez bien dicta sentencia declarando enervada la acción, si se cumplen los requisitos legales o, en otro caso, si se declara que la enervación no es procedente, estima la demanda habiendo lugar al desahucio. Si no hay oposición del demandante se declara mediante decreto dictado al efecto por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del procedimiento, debiendo condenarse en costas al enervante, salvo que se demuestre que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador⁶⁴.

Tal cuestión estaba regulada primero por el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios⁶⁵, y posteriormente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁶⁶. Establecieron la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley (hasta el 15 de mayo de 2017, según nueva redacción dada por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social⁶⁷). Con estas normas el legislador ha considerado el desajuste y desequilibrio económico que suponía la sobrevaloración de la burbuja inmobiliaria por económica y la devaluación de los precios de las viviendas en el momento de la ejecución, muy diferente al momento de la constitución del préstamo hipotecario. En definitiva, se trata de una medida de carácter excepcional que impide el desalojo de las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad, incluyéndose las siguientes personas de la unidad familiar: el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, y los hijos con independencia de sus edad que residan en la vivienda. Incluyendo otros mecanismos de guarda como la tutela, guarda, acogimiento⁶⁸.

En particular, este nuevo procedimiento comienza con la función del juez debe informar al demandado sobre la posibilidad de contactar con los servicios sociales para que examinen si existe una situación de vulnerabilidad. Al mismo tiempo, los jueces deben, de oficio, comunicar el proceso de desahucio en curso a los servicios sociales competentes. Si estos confirman que el hogar se encuentra en una situación de vulnerabilidad social o económica, deben notificar inmediatamente al tribunal que conoce del asunto. Cuando el juez reciba esta notificación, debe suspender el desalojo hasta que las medidas que se consideren necesarias por los servicios sociales sean adoptadas, por un período máximo de un mes si el demandante es persona física o de tres meses si el demandante es persona jurídica.

⁶³ Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2009/11/23/19/con>) (en adelante, Ley 19/2009)

⁶⁴ BESSER VALENZUELA, G. 2014. *El proceso de desahucio por falta de pago*, Marcial Pons, Madrid, pág. 21 y 23 [<https://elibro-net.accedys.udc.es/es/ereader/bibliotecaudc/58753>]

⁶⁵ RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/11/15/27/con>)

⁶⁶ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/05/14/1/con>)

⁶⁷ RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2015/02/27/1/con>)

⁶⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., OLMEDO CARDENETE, M., 2014. *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 157 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490534588>]

Cuando aquellas medidas hayan sido adoptadas o este plazo haya terminado, la suspensión se retirará y el proceso de desahucio continuará. Esto implica que el juez aún no tiene la posibilidad de suspender el desalojo hasta que se disponga de una alternativa habitacional adecuada si esta alternativa no está disponible en uno o tres meses, respectivamente⁶⁹.

Lo expuesto anteriormente se cristaliza en el art. 441.5 LEC, de tal forma que no se procederá al lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial si el arrendatario se encuentra en los supuestos de especial vulnerabilidad, atribuyendo una mayor relevancia a los servicios sociales, los que su apreciación de que existe una situación de especial vulnerabilidad cuya intervención es clave para que se produzca la interrupción del desahucio. En virtud de dicho apartado quinto, es el propio Juzgado quien, a través de la cédula de emplazamiento, comunique al demandado la posibilidad de acudir a los servicios sociales, identificando, en concreto, a cuáles podrá acudir. Igualmente, prevé que sea el Juzgado quien, de oficio, informe a los servicios sociales del inicio del procedimiento de desahucio, a fin de que comuniquen si concurre o no situación de vulnerabilidad social y/o económica en la vivienda afectada.

De los seis supuestos de especial vulnerabilidad que existen, el caso de doña Rosaura se enmarca en los casos de unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo, situación a la que se podría acoger doña Rosaura. El resto de situaciones de especial vulnerabilidad susceptibles de provocar la suspensión del desahucio abarca a la unidad familiar de la que forma parte un menor de tres años, a la unidad familiar, en la que alguno de sus miembros esté con una discapacidad superior al 33% que le incapacite para realizar una actividad laboral, a la unidad familiar en la que el deudor hipotecario esté en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones y también a la unidad familiar con la que convivan en la misma vivienda, una o más personas que estén vinculadas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por lazos de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad y que se encuentren en situaciones de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite temporal o permanentemente para realizar una actividad laboral⁷⁰.

Para completar los anteriores requisitos, es necesario cumplir una serie de medidas económicas. En este caso, el conjunto de ingresos de los miembros de la unidad familiar no puede superar el límite de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples. En los cuatro años anteriores la unidad familiar (no se precisa si al completo o parcialmente) haya sufrido una alteración de las circunstancias, entendiendo por tales cuando el esfuerzo de la carga hipotecaria sobre la renta se haya multiplicado por al menos 1,5⁷¹.

En la STS 4211/2017, del 23 de noviembre de 2017, que versa sobre un recurso de casación motivado por el desahucio a una familia con dos menores, el TS corrige a los dos órganos jurisdiccionales anteriores por no haber tenido en cuenta los arts. 11 y 12 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷² y también el precepto 27 de la Convención de Derechos del Niño de 1989. Estos artículos prenden facilitar los derechos del menor, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, y lograr su protección por los poderes públicos. Por tanto, se estima el recurso de casación, afirmando que la postura del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo supone una desconsideración

⁶⁹ BENITO SÁNCHEZ, J.C., 2019. Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. *Revista jurídica de los Derechos sociales Lex Social*, vol.9, pág. 605. [file:///C:/Users/manue/Downloads/4228-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12550-2-10-20200118.pdf]

⁷⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., OLMEDO CARDENETE, M., 2014. *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 155 y 156 [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490534588]

⁷¹ Ibid pág. 157

⁷² LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con)

del deber judicial de valorar y ponderar los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados, estimando que lo sentenciado en primera instancia resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad. Por último, señala la obligatoriedad de realizar un juicio de proporcionalidad en ciertos procesos judiciales de desahucio⁷³.

También la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética⁷⁴, en su art. 5, establece que las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial que no puedan afrontar el pago del alquiler de la vivienda habitual tienen derecho a disfrutar de ayudas que eviten el lanzamiento. Además, las administraciones públicas deben garantizar en cualquier caso el adecuado realojamiento de las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial que estén en proceso de ser desahuciadas de su vivienda habitual, para poder hacer efectivo el desahucio.

3.4. Tutela extrajudicial para la resolución de conflictos

Si bien es cierto que doña Rosaura cuenta con las opciones de oponerse, de solicitar la suspensión del desahucio, como ya hemos visto, y obviamente de continuar el proceso judicialmente, también hay que tener en cuenta que la acción de desahucio ejercitada por doña Lucía es legítima. Por tanto, considerando que la hipótesis más verosímil es que la acción de desahucio prospere y que actualmente Doña Rosaura tiene intención de pagar lo que adeuda y le han asignado una vivienda que ya están habitando ella y sus hijos, la opción más recomendable sería que doña Rosaura apostase por un acuerdo extrajudicial.

Más concretamente, Doña Rosaura debería optar por uno de los denominados sistemas autocompositivos, es decir, aquellos que se caracterizan por ser las propias partes contendientes, las que de forma voluntaria, pretenden alcanzar un acuerdo o transacción. Dentro esta tutela extrajudicial se distinguen dos clases: los ADR, que engloban, la negociación, la mediación y la conciliación; y las ODR, que nacieron para ser utilizadas en un entorno electrónico, suponiendo la aplicación de las nuevas tecnologías en la resolución de los conflictos derivados de transacciones electrónicas⁷⁵.

La negociación no está regulada en los ordenamientos jurídicos, lo que no es óbice a su clara pertenencia al mundo de las relaciones jurídicas y a los conflictos que puedan derivarse de las mismas. Se trata del juego del ejercicio de la libertad, que no solo tiene fundamento legal, sino también constitucional. Aunque sea un método susceptible de ser usado para resolver la controversia que nos atañe, no resulta el más aconsejable debido a la ausencia de regulación, la cual provoca una menor seguridad jurídica que otros métodos⁷⁶.

Otro método sería la conciliación, regulada en los arts. 139 y ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En la conciliación siempre va a existir la figura de un tercero neutral que se hallará entre ellas, a los efectos de la posible consecución del acuerdo. Básicamente, esta vía existe con el afán de fomentar la solución extrajudicial de los conflictos, pero tiene, carácter facultativo⁷⁷.

⁷³ STS de 23 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:4211) FJ I

⁷⁴ Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (ELI:<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2015/07/29/24/con>)

⁷⁵ DE VIVERO DE PORRAS, M^a.C., 2017. *Los Acuerdos Extrajudiciales de Pago en Procesos de Insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 94 y 95 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491197935>]

⁷⁶ BARONA VILAR, S., 2018. *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 46 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491901488>]

⁷⁷ Ibid pág. 49

El tercer concepto autocompositivo es la mediación. Consiste en un procedimiento de gestión y de solución de controversias en el que dos o más partes, de forma voluntaria, pretenden alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del tercero (mediador), ajeno al conflicto. En la mediación no hay proceso, sino procedimiento, y la función que se desempeña no es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, propia de la función jurisdiccional, sino la de aproximar a las partes para que sean estas y no el mediador las que alcancen los resultados⁷⁸. El ámbito de aplicación de la mediación, recogido en el art. 2 de la Ley 5/2012⁷⁹ permitiría que doña Rosaura optase por este método.

A pesar de que los métodos anteriores son perfectamente válidos, la transacción es más adecuado para este supuesto porque está previsto precisamente para los juicios por desahucio por falta de pago, otorgando una mayor seguridad jurídica y por tanto una menor incertidumbre a doña Rosaura. Concretamente, la LEC en su art. 437.3 LEC recoge la transacción como solución los juicios por desahucio por falta de pago de las rentas, pueden solucionarse por una transacción judicial en la que el demandante-arrendador, se comprometa a condonar al arrendatario todo, o parte de la deuda y de las costas, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca, dentro del plazo que indique el arrendador. También es relevante el art. 21.3 LEC, que estipula que si el allanamiento resultase del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del art. 437 para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo del desalojo establecido en la transacción, esta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijadas en la citación si esta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señale en dicha resolución.

Además, el art. 19.1 LEC, prevé que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero⁸⁰.

Si la negociación prospera, y se llega a un acuerdo, se habrá producido la denominada transacción, la cual supone un contrato entre partes, regulado en los arts. 1809 y ss. CC⁸¹. Como hemos indicado anteriormente, la transacción puede ser de dos clases: procesal y extraprocesal. En este caso la transacción revestiría el carácter de extraprocesal, que es la que tiene lugar iniciado el proceso jurisdiccional o arbitral y al margen del mismo, pero con la finalidad de ponerle fin, cuando exista un acuerdo entre las partes por el que resuelvan el conflicto (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa), y este contrato no llegue al proceso jurisdiccional o arbitral, bien porque las partes han pedido la suspensión y dejan caducar la instancia (en la jurisdicción), bien porque han utilizado otros actos procesales para poner fin al proceso como la renuncia, el desistimiento, allanamiento, etc., tanto en la jurisdicción como en el arbitraje⁸².

⁷⁸ Ibid pág. 67

⁷⁹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/5/con>)

⁸⁰ SAN CRISTÓBAL REALES, S., 2011. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, pág. 285 [file:///C:/Users/manue/Downloads/Dialnet-LaTransaccionComoSistemaDeResolucionDeConflictosDi-3625355%20(2).pdf]

⁸¹ DE VIVERO DE PORRAS, M^a.C., 2017. *Los Acuerdos Extrajudiciales de Pago en Procesos de Insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 102 y 105 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491197935>]

⁸² SAN CRISTÓBAL REALES, S., 2011. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, pág. 284 [file:///C:/Users/manue/Downloads/Dialnet-LaTransaccionComoSistemaDeResolucionDeConflictosDi-3625355%20(2).pdf]

3.5. Cláusulas abusivas en los arrendamientos de vivienda

Como aparece reflejado en el supuesto, doña Rosaura, aproximadamente un año después de su llegada a España, celebró un contrato de arrendamiento de vivienda con doña Lucía, propietaria de dicha vivienda. En el contrato aparece reflejada la siguiente cláusula: *“si finalizado el arrendamiento conforme a la estipulación anterior, el arrendatario no hiciese entrega de la vivienda arrendada en la fecha de vencimiento o de la de cualquiera de sus prórrogas, éste se obliga a satisfacer la cantidad diaria de 80 euros en concepto de penalización mientras subsista en dicha ocupación, así como de indemnización por daños y perjuicios”*.

Debemos tener en cuenta que, el contenido del contrato de arrendamiento lo será siempre en función de lo que hayan pactado las partes siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, pues no debemos olvidar el principio fundamental respecto de la voluntad contractual que establece el art. 1255 CC⁸³.

Ahora bien, el art. 6 de la LAU establece que son nulas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice. Este precepto constituye una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de contratar en aquellos arrendamientos destinados a vivienda. Por tanto, cualquier cláusula que implique el abuso del arrendador valiéndose de pactos acerca de cuestiones que no estén contempladas en los arts. 6 al 28 de LAU serán nulas.

Así las cosas, podemos decir que sí se reconoce a las partes la facultad para que, por acuerdo entre ellas, modifiquen las normas legales en esta clase de arrendamientos, pero para ello tendrán que darse dos requisitos: por un lado, ninguna de estas cláusulas modificativas acordadas por las partes y recogida en el contrato podrá perjudicar en modo alguno al arrendatario o subarrendatario; y por otro lado, que se esté en presencia de un arrendamiento de vivienda destinado por el arrendatario o subarrendatario a vivienda habitual y permanente para él y su familia (con los miembros que conviva), ambos requisitos cumplidos por la doña Rosaura⁸⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha distinguido tradicionalmente la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. La primera de ellas se consagra en el artículo 6.3 del CC en los siguientes términos: los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. La nulidad de pleno derecho es una ineficacia intrínseca, radical y automática, pues opera *ipso iure* o de pleno derecho y, por consiguiente, no precisa ser declarada judicialmente, ni exige la previa impugnación del acto al que afecte⁸⁵.

En lo que respecta a la nulidad de las cláusulas abusivas, la doctrina dominante ha calificado esta ineficacia de nulidad de pleno derecho relativa. Se entiende que la sanción de nulidad se emplea en estos casos como una técnica de control del contenido contractual que favorece a una parte predeterminada frente a otra, pero, según indica, la nulidad sigue siendo indisponible, pues el Derecho ha optado ya por ella, con independencia de la voluntad de cada contratante protegido. De la propia interpretación literal del art. 83 de la LGDCU se colige que la sanción prevista por el legislador para las cláusulas abusivas es la nulidad de pleno derecho; pero es también una nulidad relativa, en tanto la ley la configura en interés del consumidor. Es el consumidor quién podrá invocar la nulidad de la cláusula abusiva, bien mediante el ejercicio de la acción correspondiente, bien haciéndola valer como

⁸³ VÁZQUEZ BARROS, S., 2012. *Ley de arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 48 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490047347>]

⁸⁴ Ibid págs. 76 y 77

⁸⁵ GARCÍA MORENO, L., 2018. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 180 y 181 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491906056>]

excepción o, incluso, podrá ser apreciada de oficio por el juez en beneficio del adherente; sin que, en ningún caso, pueda admitirse su invocación por el predisponente de la cláusula abusiva⁸⁶.

Al ser una nulidad de pleno derecho que opera *ipso iure*, no es precisa una declaración judicial al efecto. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la otra parte contratante no reconozca el carácter abusivo de la cláusula, el consumidor podrá hacerla valer en la vía judicial, pero también podrá no cumplir lo que la cláusula abusiva le impone, alegándola por vía de excepción en el supuesto en el que el predisponente reclame su cumplimiento ante los tribunales⁸⁷.

El legislador debe buscar la neutralidad de la máxima correspondencia o equilibrio posible entre las prestaciones de intercambio entre las partes, partiendo de la idea de que toda prestación que se establezca debe tener su último fundamento en una causa que el ordenamiento jurídico considere justa. Así, el principio de justicia contractual tiende a reclamar que la redistribución de las prestaciones de las partes no destruya el equilibrio económico, de forma que cada una de las partes debe poder recibir un equivalente de lo que cede. Sin embargo, esto no quiere decir que el legislador en el reparto recíproco de derechos y deberes entre arrendador y arrendatario deba buscar una igualdad formal entre las prestaciones de las partes (equivalencia objetiva), sino que para hallar un justo equilibrio entre ellas debe asegurarse un mínimo de igualdad material, atendiendo a las mencionadas circunstancias externas que les afectan: económicas, sociológicas o políticas. De esta forma, el legislador ha protegido al arrendatario como parte débil del contrato de arrendamiento con la LAU, separándose de la regulación del Código civil para los arrendamientos, aunque la reciente Ley 4/2013 ha pretendido corregir sus efectos dejando una mayor libertad de pacto⁸⁸.

En resumen, siguiendo lo dispuesto en el art. 6 LAU, los requisitos que se desprenden de este precepto mencionados en el párrafo tercero de este apartado y el principio de justicia contractual, la cláusula que da lugar al debate es claramente abusiva y debe ser sancionada con la nulidad. No obstante, existe una penalización por demora aplicable en contra de los intereses de doña Rosaura, en virtud de la cual si el arrendatario se retrasa en el pago de la renta, de forma que no quede pagada antes del día 15 de cada mes, se devengarán intereses por demora al tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos⁸⁹.

⁸⁶ Ibid págs. 181 y 182

⁸⁷ Ibid pág. 183

⁸⁸ MOLINA ROIG, E., 2018. *Una Nueva Regulación Para los Arrendamientos de Vivienda en un Contexto Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 327 y 328 [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491902478]

⁸⁹ AÑÓN CALVETE, J., 2018. *Formulario de Arrendamientos Urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 288. [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491698531]

IV. DÉFICIT EN LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y BENEFICIOS DE LOS EXTRANJEROS PRIVADOS DE LIBERTAD EN ESPAÑA.

4.1. Derecho a la reeducación y reinserción social y la privación de derechos a Romeo

El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales forman parte esencial del contenido de la CE, como indica la STC 34/1986,⁹⁰ de 21 de febrero y la STC 19/1985,⁹¹ de 13 de febrero, aclarando que el respeto y amparo es un componente sustancial del orden público. Los derechos fundamentales de nuestra Constitución están íntimamente relacionados con los proclamados en los Tratados Internacionales (art. 10.2 CE), señaladamente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos que junto con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros conforman un sistema de principios de derecho comunitario que se proyectan además en la denominada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en Niza en 2000.⁹²

Un ejemplo de este reconocimiento y protección lo encontramos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977⁹³, en las que se contempla el deber de los Estados de velar, particularmente, por el mantenimiento y la mejora de las relaciones entre el preso y su familia. Del conjunto de esas normas internacionales se infiere que el recluso retiene la titularidad de su derecho a la vida familiar, siendo condición o garantía de su desenvolvimiento el que sea destinado a una cárcel próxima al domicilio de su familia⁹⁴.

El TC en la STC 236/2007 admite que el legislador pueda tener en cuenta la situación administrativa del extranjero como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales, si bien matiza el Tribunal, que los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España no están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación. Si bien es cierto que la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia, no puede resultar en modo alguno ilimitado. Por último, la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida⁹⁵.

Descendiendo, desde un punto de vista jerárquico, a otra norma relevante, la LOEx establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, pero la STC 107/1984⁹⁶, de 23 de noviembre, matiza el alcance de esta norma reconociendo que no supone que se haya querido desconstitucionalizar la

⁹⁰ STC de 21 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:34.) FJ I

⁹¹ STC de 13 de febrero de 1985 (ECLI:ES:TC:1985:19) FJ I

⁹² CHOCRÓN GIRÁLDEZ A., M^a., 2020. *Control Judicial de las Privaciones de Libertad de los Extranjeros en Situación Irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 25 y 26 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788499858166>]

⁹³

https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1licos/4_Derechos_PPL/1141_Reglas_M%EDn_tratamiento_reclusos.pdf [consulta a 06/05/2020]

⁹⁴ NISTAL BURÓN, J., 2018. *La condición del extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 114 y 115 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491696971>]

⁹⁵ CHOCRÓN GIRÁLDEZ A., M^a., 2020. *Control Judicial de las Privaciones de Libertad de los Extranjeros en Situación Irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 31 y 33 (<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788499858166>)

⁹⁶ STC de 23 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:107) FJ III

posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal⁹⁷.

Según la LOEx, se considera extranjero, a quien carece de nacionalidad española y según sea la situación administrativa del extranjero en España, podemos hablar de los que se hallan en situación de regularidad administrativa y en situación de irregularidad. Son ciudadanos extranjeros en situación legal, quienes hayan entrado en territorio español cumpliendo los requisitos al efecto del art. 25 de la LOEx, y quienes se encuentran en algunos de los supuestos legales mencionados en el art. 29.1 de la LOEx, como son la estancia y residencia pudiendo ser esta temporal o de larga duración⁹⁸.

Son extranjeros irregulares aquellos ciudadanos extranjeros que se hallen en España en una situación que no sea la de estancia o residencia. Las consecuencias naturales de la situación de irregularidad del extranjero serán la devolución, en caso de estancia irregular originaria, y la sanción en aquellos supuestos de estancia irregular sobrevenida tipificados en el art. 53.1.a) de la LOEx, que bajo ciertas condiciones conlleva la sanción de expulsión. Para el colectivo de extranjeros en situación de irregularidad administrativa se ha contemplado la posibilidad de legalizar su situación ya que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, como son el arraigo, razones de protección internacional y/o razones humanitarias⁹⁹.

En el caso de Romeo, en el momento de entrar en prisión se encontraba en una situación de regularidad en virtud del permiso de residencia temporal que ostentaba, pero debido a la negativa por parte de la Administración Penitenciaria para que Romeo pudiera renovar su documentación, ha devenido en una situación de irregularidad, enmarcándose en el segundo grupo.

El sector que nos atañe en esta pregunta, la actividad de la Administración Penitenciaria en España, se desarrolla en base a lo recogido en el art. 25.2 de la Constitución Española de 1978: “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. A partir de este mandato constitucional se establece el ordenamiento jurídico español que regula el sistema penitenciario, concretamente la LOGP, el Código Penal y el Reglamento Penitenciario¹⁰⁰.

El sistema penitenciario español está basado en el denominado sistema de individualización científica recogido en el art. 72 de la LOPJ, donde se establece que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional siempre que un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional. Este sistema es progresivo y flexible, siendo el tratamiento su eje central como señala el art. 59 al especificar que consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social

⁹⁷ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ A., M^a., 2020. *Control Judicial de las Privaciones de Libertad de los Extranjeros en Situación Irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 27 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788499858166>]

⁹⁸ Ibid pág. 31 y 33

⁹⁹ NISTAL BURÓN, J., 2018. *La condición del extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 92 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491696971>]

¹⁰⁰ PASTOR SELLER, E., TORRES TORRES, M., 2017. El sistema penitenciario y las personas privadas de libertad en España desde una perspectiva internacional. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol.12 no.23.

de los penados y que pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades¹⁰¹.

El RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario¹⁰², establece la voluntariedad del tratamiento y la necesidad de estimular la participación de la persona recogiendo una concepción más amplia del tratamiento, considerándolo un proceso de formación integral de la personalidad del penado, dotándolo de instrumentos eficaces para la vida en libertad.¹⁰³

Esto último parece estar dirigido para cumplimentar a los fines de la ejecución de la pena, que vienen definidos en el artículo 1 de la LOGP y en el 2 del RD 190/1996 que la desarrolla, a saber: reeducación como instrumento resocializador del delincuente, reinserción en el seno social, del que se ha visto apartado temporalmente, retención y custodia, sin los cuales difícilmente podrían darse el cumplimiento del resto de fines, así como una labor asistencial y de ayuda que la ley fija para internos liberados mientras que, el Reglamento penitenciario lo amplía a sus familiares. El objetivo no es otro que la posible rehabilitación del delincuente, la cual descansa sobre la noción de que se debe prevenir una futura comisión de delitos por las personas ya condenadas a través de un cambio en el comportamiento de los individuos¹⁰⁴.

La reinserción puede ser concebida como la oferta al sentenciado de aquellas medidas que posibiliten, desde el momento mismo de un eventual internamiento, el mantenimiento de sus vínculos con la sociedad, de la que el reo continua formando parte, minimizando en su caso al máximo los efectos desocializadores de ese eventual internamiento en prisión, a través de medidas tales como las comunicaciones con familiares, amigos y profesionales, las visitas, las salidas al exterior, el acceso a los medios de comunicación etc. En definitiva, con este concepto de la reinserción hacemos referencia a la necesaria integración social de la persona temporalmente privado de libertad, una vez extinguida la condena¹⁰⁵.

Sintetizando la información expuesta en este apartado, vemos que nuestro ordenamiento asume las teorías unitarias de la pena de Roxin, de modo que sus diferentes finalidades se conectan con cada una de las fases de conminación, enjuiciamiento y ejecución, estando en esta última muy presente la prevención especial, pero sin que ello suponga la negación de los restantes fines de la pena. A pesar de que reconoce una relación entre la reeducación y la reinserción y los principios rectores de la política social y económica, esgrime que la ubicación del art. 25.2 CE en el Capítulo II de esta, referido a derechos y libertades, obedece a una intención expresa del Constituyente de elevarlo a la categoría de derecho fundamental del recluso. Además, de negarse lo expresado en el artículo 25.2 de la CE, la condición de derecho fundamental se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico¹⁰⁶.

Para que se cumpla esta función de reeducación y reinserción social del art. 25.2., la LO 4/2000 y principalmente la LO 1/1979 y el RD 190/1996 reconocen una serie de derechos, garantías y deberes

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/02/09/190/con>) (en adelante, RD 190/1996)

¹⁰³ PASTOR SELLER, E., TORRES TORRES, M., 2017. El sistema penitenciario y las personas privadas de libertad en España desde una perspectiva internacional. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol.12 no.23.

¹⁰⁴ NISTAL BURÓN, J., 2018. *La condición del extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 109 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491696971>]

¹⁰⁵ Ibid pág. 110

¹⁰⁶ SOLAR CALVO, P., 2018. *El Sistema Penitenciario Español en la Encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, 2018, pág. 50

a los internos. A continuación, se expondrán los relacionados con las privaciones que ha sufrido Romeo, es decir, la imposibilidad de acceso a la educación y a la renovación de su documentación.

Específicamente en el aspecto referido a educación en un ambiente penitenciario, diferentes normas recogen el derecho a formarse o a desempeñar un trabajo. Por un lado, el artículo 9 de la LO 4/2000 reconoce a los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España el derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. Además, los poderes públicos deberán promover que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.

La LO 1/1979 reconoce el derecho al trabajo en su art. 26, considerándolo como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento. El concepto de trabajo es amplio, incluyéndose en él actividades como la formación profesional en los talleres, el estudio y la formación académica, las actividades ocupacionales, etc. De ninguna manera tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección, tampoco atentará a la dignidad del interno ni se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración. A esto hay que añadirle que desprenderá un carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre, que será facilitado por la Administración y que gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social. Por otro lado, en el art. 27 vemos como entre las modalidades de trabajo que pueden realizar los internos, sea dentro o fuera de los establecimientos, se encuentra la formación profesional y la referida al estudio y formación académica.

Esta norma contempla las necesidades específicas de la población reclusa extranjera en dos aspectos: en el acceso a la formación y aprendizaje de la lengua española, así como la disponibilidad, en lo posible, de material bibliográfico en su propia lengua. Pero el precepto más tajante es, sin duda, el art. 118.2 al establecer que los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario.

Es más, no solo se desprende de los anteriores artículos que Romeo tiene derecho a la educación y al trabajo, sino que incluso tiene derecho a unos incentivos consistentes en la expedición, a solicitud del interno, de certificaciones acreditativas de las enseñanzas, cursos o actividades desarrollados, que no deberán contener indicación alguna relativa a su obtención en un Establecimiento penitenciario. También, como indica el art. 121 del RD 190/1906, el Centro Directivo podrá conceder, previo informe de la Junta de Tratamiento, traslados de Establecimiento por motivos educativos, siempre que el interno presente la solicitud con la debida antelación y no existan razones de seguridad que lo desaconsejen.

A mayores de este reconocimiento normativa, la página web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias reconoce que es prioritaria la formación básica que se imparte a los internos e internas analfabetos, a los jóvenes, a las personas extranjeras y a aquellos que presentan problemas específicos para acceder a la educación, así como el fomento y potenciación de cualquier actividad educativa, siendo incluso obligatorio si se trata de enseñanza básica¹⁰⁷.

En lo que se refiere a la enseñanza universitaria, existe un convenio de colaboración con la UNED y con la Secretaría General de Universidades, por el que las personas en prisión pueden realizar

¹⁰⁷ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/enseReglada/educacionRegladaYformacion.html> [consultado a 06/05/2020]

los estudios que imparte la UNED en idénticas condiciones que el resto de los ciudadanos y ciudadanas. El alumno dispone de las correspondientes tutorías, asesorías y apoyo a distancia y material didáctico. De optar por la enseñanza no universitaria, están previstos programas de alfabetización para adultos, de consolidación de conocimientos, de educación secundaria para adultos, de alfabetización y castellano para extranjeros, bachillerato, ciclos formativos de grado medio y superior y la Escuela Oficial de Idiomas¹⁰⁸.

Con todo lo expuesto anteriormente, se llega a la conclusión de que las privaciones de derechos que ha sufrido Romeo durante su estancia en el centro penitenciario cumplimiento una pena privativa de libertad, tales como la imposibilidad de acceso a la educación o la negativa a renovar su documentación, están totalmente injustificadas. A la vista está que la Administración Penitenciaria no ha tenido una actuación diligente en este caso, puesto que en el momento en el que existe sentencia firme condenatoria se crea una relación de sujeción especial, como indica la STC 74/1985¹⁰⁹ y la STC 2/1987¹¹⁰ entre Romeo y la Administración Penitenciaria. Es decir, el internamiento de una persona en un Centro Penitenciario implica una relación jurídico-penitenciaria entre la Administración Penitenciaria y el penado, que genera derechos y deberes para ambas partes, siendo la Administración Penitenciaria es la encargada de velar por el cumplimiento de los derechos y deberes de los internos hasta tal punto que su papel consiste en la búsqueda y facilitación a los internos de los derechos que les asisten.

4.2. Peticiones, quejas y recursos en el seno de la Administración Penitenciaria

Las peticiones, quejas y recursos se dividen en tres grupos. En primer lugar, el régimen de quejas y recursos ante la Administración Penitenciaria. En segundo lugar, el recurso interpuesto impugnando el auto de acumulación de condena que el art. 76 CP permite. Por último, el recurso de casación con motivo de unificar la doctrina¹¹¹.

En cuanto a las peticiones y quejas ante la Administración Penitenciaria, en la LO 1/1979 encontramos dos artículos. El primero de ellos, el art. 49, reconoce a los internos su derecho a recibir información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. A continuación el art. 50.1. establece que los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes. Por tanto, y desde el punto de vista penitenciario, son recursos en sentido estricto los que se dictan en materia disciplinaria y de clasificación. El resto de solicitudes reciben, según su contenido, el nombre de peticiones o quejas y pueden dirigirse tanto a las autoridades penitenciarias como a la propia autoridad judicial¹¹².

El art. 53 del RD 190/1996 desarrolla lo anterior de una forma más precisa. En su apartado 1 estipula que todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria. También podrán ser expuestas ante el funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda, ante el Jefe de Servicios o ante

¹⁰⁸ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/enseReglada/educacionRegladaYformacion.html> [consultado a 06/05/2020]

¹⁰⁹ STC de 18 de junio (ECLI:ES:TC:1985:74) AH III

¹¹⁰ STC de 21 de enero (ECLI:ES:TC:1987:2) FJ II y III

¹¹¹ SOLAR CALVO, P., 2018. *El Sistema Penitenciario Español en la Encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, 2018, pág. 179

¹¹² Ibid pág. 180

el Director del Centro o quien legalmente le sustituya. Asimismo, los internos podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo, que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo¹¹³.

Además, los internos podrán expresar directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el JVP en los supuestos a que se refiere el art. 76 de la LOGP. Cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al JVP correspondiente¹¹⁴.

En cuanto a los actos jurídicos contra las resoluciones administrativas referentes a la progresión de grado, clasificación inicial o regresión, de nuevo, la LOPJ refiere como apelación en sentido general e inespecífico, permitiéndose en estos casos el planteamiento de la apelación y la queja tras el recurso de reforma. Caso diferente es el de una queja del art. 76.2 g) LOGP por denegación de permiso. El interno podrá quejarse ante el JVP, dando lugar a esa primera apelación que y la decisión judicial adoptada podrá recurrirse en reforma, apelación y queja en todas aquellas ocasiones en que la salida necesita autorización judicial. Y lo mismo en los supuestos en que concurre la necesidad de validar judicialmente la ejecución de una sanción¹¹⁵.

Como ejemplo, se ha estimado un recurso de apelación reconociendo derecho a realización de programa de educación vial, plasmado en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid Nº5, el 22 de septiembre de 2015¹¹⁶. El AAP de Córdoba de 13 de octubre de 2015 concede un permiso a un interno extranjero en situación irregular y con expulsión decretada, teniendo en cuenta su arraigo familiar en España; y el AJCV de 14 de abril de 2016, que autoriza la salida de permiso a un interno a pesar de concurrir el 100% de riesgo de quebrantamiento en la TVR¹¹⁷.

Con respecto de la última vía, el recurso de casación para unificar doctrina, según el art. 220 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹¹⁸, está legitimado para interponer el recurso cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad durante los diez días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que se recurre. El art. 224 LRJS, en sus apartados 1b) y 2, señala que el escrito de interposición del recurso debe entrañar la fundamentación de la infracción legal en la que ha incurrido la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. Además, el Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS 1494/2018, del 17 de abril de 2018¹¹⁹, esclarece que la contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, debiendo ser frente a hechos fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

Por último, además de las posibilidades otorgadas por la distintas leyes, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 para la regularización administrativa de los internos a efectos de trabajo durante el cumplimiento de la condena, aún considerado por algunas Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno, pero en pleno proceso de extinción dada la política actual en la materia. Esta disposición permite a los internos trabajar en los talleres productivos de un centro penitenciario,

¹¹³ Ibid pág. 182

¹¹⁴ Ibid pág. 183

¹¹⁵ Ibid pág. 184

¹¹⁶ Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2016. *Jurisprudencia Penitenciaria*, pág. 346

[http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202317/Jurisprudencia_penitenciaria_2016_126150402.pdf/4c18e7b8-88c0-41e4-a924-d077efaae42f]

¹¹⁷ SOLAR CALVO, P., 2018. *El Sistema Penitenciario Español en la Encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, 2018, pág. 428

¹¹⁸ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)

¹¹⁹ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1494) FJ II

sino incluyendo también la regularización necesaria para que puedan trabajar durante el tercer grado y el periodo de libertad condicional. Solo de este modo es posible garantizar el acceso de los extranjeros irregulares a la dinámica de reinserción durante el tiempo de cumplimiento.

4.3. Distinción de derechos entre nacionales y extranjeros

La distinción entre derechos de nacionales y extranjeros se trata de una problemática que todavía se encuentra sometida a debate. El principio de igualdad no impide que en la norma puedan establecerse diferenciaciones, ni siquiera cuando se hallen basadas en los criterios enumerados en la parte final del artículo 14 CE. Mas, para que la diferenciación introducida en la norma no sea discriminatoria, se exige que resulte razonable, justificada y proporcional. De este modo, toda clasificación legislativa debe superar unos parámetros establecidos por el TC que, en su conjunto, conforman el denominado juicio de igualdad. Del resultado de este juicio dependerá que nos hallemos ante una diferenciación admisible o ante una discriminación prohibida, ante una norma constitucional o inconstitucional.¹²⁰

El TC en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre,¹²¹ declara que, aunque el artículo 14 CE proclama el principio de igualdad con referencia solo a los españoles, ello no es argumento bastante para estimar que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible. El TC prosigue afirmando que los derechos fundamentales de los extranjeros son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Configuración que, dependiendo del caso, puede prescindir o no de tomar en consideración la nacionalidad para modular el ejercicio del derecho en cuestión. No solo podrá, sino que deberá prescindir de la nacionalidad como dato relevante, produciéndose una completa igualdad entre españoles y extranjeros, en el caso de aquellos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.¹²²

Por otro lado, recordemos que la LOEx reconoce a los extranjeros, entre otros derechos, los de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga, educación no obligatoria y justicia gratuita en la misma medida que a los españoles. Pero si la titularidad aparece reconocida para todos los extranjeros sin distinción alguna, la realidad es que su ejercicio queda limitado a aquellos que disfruten de estancia o residencia legal en España. En definitiva, vemos como una condición administrativa se convierte así en criterio para justificar una diferenciación de trato en derechos que han sido reconocidos a los extranjeros por la CE. No obstante, tal condición resulta cumplida por doña Rosaura y sus hijos, puesto que contaban con un permiso de residencia temporal.¹²³

Con ánimo de ser más específico en lo que a esta concreta discriminación se refiere, se trata de un caso de discriminación indirecta. Consiste en la existencia de un trato desfavorable por una característica que no está vinculada de manera directa a la condición que se quiere discriminar (ser extranjero, mujer...), aunque en la práctica supone situar a esa persona en esa situación de trato discriminatorio. Es decir, basta que los efectos prácticos de la ley sean desiguales y perjudiciales para el grupo vulnerable, lo cual puede ocurrir aunque el criterio de distinción utilizado por la ley sea aparentemente neutral. Un ejemplo es que Romeo en prisión no es discriminado directamente por su condición de extranjero, pero posteriormente la Administración Penitenciaria no le facilita las operaciones pertinentes para renovar su documentación y disfrutar de los derechos que le corresponden, situación que no ocurre cuando se trata de ciudadanos nacionales. No se trata de una

¹²⁰ MORA ALEMANY, R., 2013. ¿También los extranjeros son iguales ante la ley? *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, págs. 563, 564, 565 y 566 (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2013-12-6085/Documento.pdf>)

¹²¹ STC 23 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:107) FJ III

¹²² MORA ALEMANY, R., 2013. ¿También los extranjeros son iguales ante la ley? *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, pág. 573

¹²³ Ibid pág. 579

privación voluntaria de derechos a Romeo por ser extranjero, pero sí que existe una menor preparación, información y decoro cuando el privado de libertad es extranjero debido a la existencia de una mayor diversidad de casuísticas y de respuestas para estas situaciones, que numéricamente son menores que las surgidas con ciudadanos nacionales, propiciando así que las privaciones de derechos que sufren las personas extranjeras sean proporcionalmente mayores.¹²⁴

Por otro lado, para reducir esta discriminación sería interesante, además de que las administraciones correspondientes mostraron una actitud servicial de mayor calidad, apostar por una interpretación amplia de la normativa que se trate, más acorde con un modelo de ciudadanía inclusiva, esto es, de reconocimiento de todos los derechos. Como hemos apuntado, aquí se deberían incluir también los derechos sociales, y se debería caminar hacia la incorporación de algunos derechos políticos.¹²⁵

A modo de conclusión, me gustaría aportar una cita del filósofo John Rawls, inspirándose en Henry Sidgwick, que resulta bastante ilustrativa para casos como el que estamos analizando: “el derecho y las instituciones pueden ser ejecutadas igualitariamente y ser, sin embargo, injustas. Tratar de manera semejante los casos semejantes no es una garantía suficiente de la justicia sustantiva.”¹²⁶

¹²⁴ GARCÍA AÑÓN, J., 2002. Derechos de los extranjeros y discriminación. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (<https://www.uv.es/cefd/5/garciaanon.htm>)

¹²⁵ Ibid

¹²⁶ RAWLS, J., 1979. *Teoría de la justicia*, pág. 66 https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf

V. CUMPLIMIENTO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR EXTRANJEROS

5.1. Situación administrativa de los extranjeros privados de libertad con condena cumplida

En primer lugar, tiene que producirse el licenciamiento definitivo, que se da cuando se ha cumplido totalmente la pena impuesta, es decir, cuando llega el día señalado en la liquidación de condena, que se realiza por el tribunal sentenciador con intervención del MF, debiendo darse vista de ella al condenado. Consiste en la determinación del tiempo en que el condenado debe permanecer privado de libertad, fijando el día de su liberación.¹²⁷.

Una vez resuelto este trámite, existen varias posibilidades: la expulsión del territorio nacional del art. 89 CP, el cumplimiento de condena en el país de origen, el disfrute de la libertad condicional por parte del extranjero en su país de origen y, por último, optar por la vía de la regularización administrativa para permanecer en España con garantías¹²⁸.

Para este caso debemos traer a colación el apartado 4 del art. 89 CP: “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”. Teniendo en cuenta que Romeo lleva 5 años residiendo en España y que toda su familia se encuentra en territorio español, sancionarle con la expulsión se antoja fuera de lugar. Si bien es cierto que no existe una respuesta para esta controversia cuyo resultado no se obtenga fruto de la apreciación, como vemos en la SAN 1870/2012 de 17 de abril de 2012¹²⁹, al señalar que, de conformidad con el art. 89.1 del Código Penal, las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, pueden ser sustituidas por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

En caso de que al extranjero no se le sancione con una expulsión administrativa y, por tanto, no se le extinga la autorización para residir en el país, la existencia de antecedentes penales le impide, hasta el cumplimiento íntegro de la pena en España, renovar cualquier permiso de residencia que tuviere. De no producirse ninguna de estas circunstancias, una vez cumplida la condena, el extranjero podrá solicitar un permiso de residencia y/o trabajo una vez haya cancelado los antecedentes penales, cuyo plazo se computará por la suma del plazo de expulsión más el plazo de cancelación que lleve aparejada la pena impuesta en España, o bien seguir lo dispuesto en el art. 71.5 del RD 557/201, debiendo valorarse que, previa solicitud de oficio de los respectivos informes, haya cumplido la condena y que haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena.¹³⁰.

Cabe recordar especialmente la referida STJUE de 7 de diciembre de 2017, en la que se planteaba la posible contradicción del art. 57.2 LOEx con el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al no tener en cuenta el art. 57.2 LOE cuestiones de arraigo en la valoración sobre la expulsión de dicho tipo de residentes. El TJUE ha resuelto que un Estado miembro no puede expulsar a los extranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado

¹²⁷ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ V., 2017. *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 687 y 688 [<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491694366>]

¹²⁸ SANTACRUZ IGLESIAS, C., 2014. Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, N° 17, pág. 122 [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4903854>]

¹²⁹ SAN de 12 de abril de 2012 (ECLI: ES:AN:2012:1870) FJ II

¹³⁰

con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado ha de valorar la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen¹³¹.

Por otro lado, Romeo también tiene derecho a renovar su pasaporte y demás documentación. El RD 190/1996 en su art. 15.5. reconoce el derecho de comunicación con los consulados o representantes diplomáticos y la instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 14 de diciembre de 2001 lo indica expresamente. Si bien es habitual el desplazamiento de un operativo policial para el estampado de la huella dactilar en los supuestos de renovación del DNI, no es frecuente esa práctica para los supuestos de concesión o renovación de permisos de residencia a extranjeros. No obstante, si no procedieran así, incurrirían en la vulneración del principio de igualdad, y en la limitación de futuras posibilidades de integración en España. El día 11 de abril de 2020, en una conversación telefónica con doña Rosaura, nos ha comunicado que la problemática referida a la renovación de la documentación de su hijo Romeo ha remitido, pues la Administración Penitenciaria ha autorizado la puesta en marcha de los trámites para la renovación de su pasaporte, aunque a día de hoy se encuentra paralizado por la situación extraordinaria relativa a la pandemia provocado por el COVID-19¹³².

5.2. Extranjeros condenados a penas privativas de libertad

5.2.1. Ser sudamericano y haber estado en prisión: un doble estigma

En primer lugar, el hecho de ser sudamericano. En lo que se refiere a casos de hechos relacionados con el racismo y la xenofobia se han constatado 505 casos en 2015, un 6,3% más que el año anterior, considerando que no siempre se denuncian estos hechos. El GETS realizó un completo estudio en 2007 sobre las condiciones laborales de los trabajadores migrantes en España que manifiesta que el hecho de ser extranjero es un claro factor de discriminación. De hecho, un 32,3% de los encuestados manifestó que había tenido dificultades para encontrar trabajo por su origen. La Federación Estatal de SOS Racismo, en el año 2015, realizó un testing titulado que se centró en el acceso a la vivienda de alquiler gracias al que conocemos que se denegó acceso a la vivienda en alquiler por parte de las inmobiliarias al 69,8% de las personas demandantes de vivienda de otras nacionalidades, frente a un 30,2% de las personas autóctonas. Por otro lado, el testing presencial reveló que se denegó el acceso a la vivienda en alquiler al 86,7% de las personas de otras nacionalidades (42,9% de origen subsahariano, 28,6% del Magreb y el 14,3% de origen latino), habiendo manifestado diferencias en el trato y en los requisitos exigidos.¹³³

Del informe realizado en 2017 por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social se diluye que la percepción de que los inmigrantes quitan puestos de trabajo a los españoles es del 53,2 % de encuestados. También el 44,7% perciben que la presencia de inmigrantes empeora la calidad del sistema educativo, el 65,9% percibe que los españoles reciben menos ayudas escolares que ellos y el 50,9% considera que los españoles deberían tener prioridad frente a los inmigrantes en la elección de colegio. Datos como los de este párrafo y los del anterior son una pequeña muestra del estigma que

¹³¹ SOLAR CALVO, P., 2018. *El Sistema Penitenciario Español en la Encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, pág. 428

¹³²

<http://www.icaen.es/contenido/documentos/2005/cursos/docssoaps/ponencia%20ubeda%20extranjeros%20en%20prison.pdf> [consultado el 23/05/2020]

¹³³ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Informe sobre discriminación de personas migrantes y refugiadas en España*, Dirección General de Migraciones, 2016, págs. 9 y 13 (<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-discriminacion-C3%B3n.pdf>)

existe hacia inmigrantes no procedentes de la Unión Europea, especialmente los que se encuentran en una situación socioeconómica desfavorable.¹³⁴

El camino adecuado para acabar con el racismo no se ocupa directamente de contrarrestarlo apelando a la tolerancia en su definición filosófica general, ni de inhibirlo mediante la ley, sino más bien de prevenirlo y en todo caso de neutralizarlo mediante la educación. Así, desde las instituciones públicas deben combatir el racismo por la vía de una educación y de una formación que incida más en el entendimiento de los movimientos migratorios como una realidad de nuestro mundo y no como un problema, y en el respeto a otras etnias, culturas, religiones, etc. Difícilmente puede ponerse en duda la capacidad de la educación para engendrar las virtudes ciudadanas, pero no solo para engendrarlas sino también para cultivarlas y para fomentarlas en la conducta y en los hábitos de los ciudadanos que reciben su influjo.¹³⁵

Por otro lado, el hecho de haber estado en prisión. La cárcel supone un proceso de desidentificación personal y de reidentificación con valores y hábitos propios de la subcultura carcelaria que impone condiciones de vida anormalizadoras, característicos de una institución segregativa de exclusión social. Resulta determinante que entre el 70 % y 80 % de las personas encarceladas son reclutadas de entre los sectores socio-económicamente desfavorecidos, y están encarceladas por delitos menores contra la propiedad y contra la salud pública tales como robos y hurtos o tráfico a pequeña escala con drogas ilegalizadas.¹³⁶

Esto no quiere decir que la delincuencia sea patrimonio de la pobreza, ni mucho menos. Tan solo significa que en el proceso de selección de la delincuencia convencionalizada, en la construcción socio-penal del problema del delito podemos constatar la identificación de delincuencia, no solo, pero si de un modo relevante, con pobreza. Por lo tanto la existencia de problemas penales en los sectores sociales empobrecidos es una circunstancia que agrava aún más su situación objetiva y subjetiva de marginación social.¹³⁷

Asimismo, además del daño al propio recluso, también es necesario resultar el daño producido a sus familias, especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia.¹³⁸

Desde la Administración Penitenciaria deben replantearse su *modus operandi*, ya que funciona como un auténtico almacén de cuerpos al atacar únicamente la manifestación del delito y no su causa, resultando totalmente inoperante para el objetivo de la reeducación y resocialización del reo por condenar a este al más puro determinismo delictivo fruto de la falta de interés social y de la apatía mostrada por la Institución Penitenciaria española. Un primer paso relativamente sencillo sería aumentar los recursos de las prisiones para mejorar la calidad de los programas de rehabilitación, potenciar los trabajos en beneficio de la comunidad, que permiten al reo mitigar los efectos que sufriría en la cárcel al trabajar inmerso en la comunidad y la introducción de actividades socio-culturales para

¹³⁴ FERNÁNDEZ, M., VALBUENA, C., CARO, R., 2017. *Informe-Encuesta sobre la evolución del racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia en España*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, págs. 7 y 8 (http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/temas/tema_02.htm)

¹³⁵ VELASCO CRUZ, S., 2007. El racismo y las tres formas básicas de combatirlo. *Cultura representaciones sociales*, vol.2 no.3 [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102007000200006]

¹³⁶ MANZANOS BILBAO, C., 1998. *Salir de prisión: la otra condena*, Fundación Dialnet, pág. 64 [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2698837>]

¹³⁷ Ibid pág.

¹³⁸ DANIEL CESANO, J., 2003. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol.36 no.108. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-86332003000300003&lng=pt&nrm=iso]

los privados de libertad, como podrían ser salidas al cine, a presenciar un partido de fútbol o a un museo para que los vínculos del reo con el exterior no desaparezcan por completo.

5.2.2. *Crítica a la situación jurídico-penitenciaria española*

En la realidad de nuestro sistema penitenciario existe una extensa variedad en cuanto a la situación documental de los presos extranjeros se refiere. Encontramos reclusos extranjeros con la documentación totalmente en regla, otros que aunque cuando entran en prisión la tienen en regla, se les caduca dentro de prisión, sin ninguna oportunidad de renovación, otras con NIE, otras que ni siquiera saben en qué situación están¹³⁹.

Dependiendo por tanto, de en qué situación administrativa se encuentre el preso tendrá una serie de derechos que aunque, en teoría no debieran ser diferentes de los que prevén nuestras leyes para los reclusos nacionales, queda bastante alejado de la realidad. A pesar de todas las Leyes, Tratados, Decretos y Reglamentos existentes en esta materia, no es suficiente, dada la gran heterogeneidad del tratamiento que debe darse a cada recluso extranjero según la situación administrativa en la que se encuentre. Legalmente tanto internos españoles como extranjeros gozan de los mismos derechos aunque, a estos últimos se les confiere algunos matices específicos que regulados en Leyes y Reglamentos¹⁴⁰.

La medida de expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad desencadena un continuo debate doctrinal y jurisprudencial, que no ha hecho sino tratar de forma desigual y totalmente desproporcionada a este colectivo. Actualmente, el CP, en su art. 89, prevé la posibilidad de sustituir una pena inferior a seis años de cárcel por la expulsión del territorio nacional cuando el condenado sea un ciudadano extranjero no residente legalmente, lo que provoca en la práctica que no tenga prácticamente ninguna posibilidad de permanecer en el país. Por tanto, la pena privativa de libertad, se sustituye en su totalidad por la expulsión del territorio nacional, hasta ahora solo dirigido al residente no legal, es decir, un de los colectivos más vulnerables e indefensos en nuestro país. Dicho artículo ha sufrido considerables modificaciones, debido a la desproporcional sanción que sufre el colectivo de extranjeros en esta situación y que además no es en absoluto equiparable con la situación de los reclusos autóctonos¹⁴¹.

La STS 853/2010, de 15 de octubre, establece que no cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del CP a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico-penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza, la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad¹⁴².

Para rizar más el rizo, el Consejo de Ministros aprobó un anteproyecto de Ley para una reforma del Código Penal, donde la sustitución de la pena de prisión de más de un año por expulsión del territorio español, se ampliaba a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa y jurídica, es decir con o sin autorización de residencia. Este anteproyecto de Ley para

¹³⁹ SANTACRUZ IGLESIAS, C., 2014. Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, Nº 17 pág. 114 [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4903854>]

¹⁴⁰ Ibid

¹⁴¹ Ibid pág. 121

¹⁴² STS de 15 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:853) FJ IV

la de reforma del Código Penal, introduce un matiz indiscutiblemente perjudicial, nocivo y contraproducente del principio de proporcionalidad, ya que extiende a todos los extranjeros, y ya no solo a los no residentes legalmente, la posibilidad de ser expulsado si es condenado a más de un año por un delito catalogado como menos grave. Es decir, se abre un camino para que la expulsión recaiga sobre los inmigrantes con independencia de su situación, cuando se les imponga una pena superior al año de cárcel, aunque también es cierto que se establecen excepciones a esa previsión. Básicamente podemos decir que el extranjero en situación irregular se le expulsa del territorio nacional y el extranjero legal penado cumple doble condena, una en la que tiene que permanecer en la prisión y otra posterior, que no es sino la expulsión de España¹⁴³.

Cabe recordar que el art. 25.2 Reglamento Penitenciario argumenta que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. En palabras del TC, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad de resocialización sí resultaría contraria al art. 25.2 CE¹⁴⁴.

Esta coyuntura jurídico-penitenciaria tan caótica que cae sobre los extranjeros provoca opera como un mecanismo encaminado a la exclusión social, siendo necesario un cambio de óptica por parte del legislador en la que integre una mayor como sensibilización social y un cambio integrador en las nuevas políticas de extranjería para eliminar la incongruencia entre la normativa vigente, que por un lado persigue el ansiado objetivo de reinserción social y reeducación, y por otro lado aplica mecanismos represivos y defensivos dirigidos a evitar la entrada y permanencia de inmigrantes a España¹⁴⁵.

La actitud actual puede deberse a la falsa percepción social que relaciona inmigración y delincuencia, influenciada mayoritariamente por los medios de comunicación, en su mayoría politizados. Sin embargo, el nivel de delincuencia no viene influido por la nacionalidad del individuo, sino más bien por otras variables como el desempleo, el desarraigo familiar, el nivel educativo bajo. Es decir, el aumento de la delincuencia en mayor parte, se debe a una simultaneidad de una serie de circunstancias o variables y que, en ocasiones, se dan con mayor asiduidad entre el colectivo de extranjeros que recibimos en España, que con carácter general, solo buscan una oportunidad de mejorar su vida, pero acaban inmersos en un menoscabo de derechos, de exclusión social y marginalidad, fruto de su doble realidad, la de ser extranjero y además estar en prisión¹⁴⁶.

¹⁴³ SANTACRUZ IGLESIAS, C., 2014. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, Nº 17 pág. 121 [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4903854]

¹⁴⁴ SOLAR CALVO, P., 2018. *El Sistema Penitenciario Español en la Encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, pág. 53

¹⁴⁵ SANTACRUZ IGLESIAS, C., 2014. Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, Nº 17 pág. 124 [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4903854]

¹⁴⁶ Ibid

VI. CONCLUSIONES

I: Contamos con una normativa en extranjería que dista bastante de la realidad debido a la inoperancia para dar respuestas a las personas extranjeras que se encuentran en España. La sensación transmitida es que la LOEx y su Reglamento han sido diseñados para aquellos inmigrantes que se dirigen a España con un contrato de trabajo ya firmado, pero la realidad es que existen innumerables casuísticas (guerras civiles en sus países, discriminación por motivos políticos, pobreza, necesidad de protección y asilo...) cuya opción para la regularización queda sujeta a la vía del arraigo social, la cual funciona como un arduo cajón de sastre.

Con ánimo de ilustrar este déficit normativo, un extranjero que llegue a España tendrá que residir de forma continuada dos o tres años para optar a la regularización, según la situación particular en que se encuentre. Durante este periodo de tiempo carecerá de cualquier tipo de derecho laboral, lo que en la práctica se traduce en el desempeño de trabajos precarios, con malas condiciones e incluso situaciones de chantaje, como pueden ser amenazas con descubrir su situación ante las autoridades para provocar la expulsión del país.

A pesar de lo anterior, la potencial solución no tiene por qué desembocar necesariamente en una legislación más propensa a la regularización de inmigrantes, sino en la adaptación de las normas a las situaciones y flujos migratorios actuales, que han aumentado exponencialmente estos años, tanto en número como en tipo, para así conseguir una mayor seguridad jurídica. Es decir, tanto si se apuesta por una política proclive a la entrada de inmigrantes como por una más restrictiva, ambas deben tener como objetivo alcanzar el mayor grado de seguridad jurídica posible para evitar situaciones como las que suceden hoy en día, generar certezas a los inmigrantes y adaptarse mejor a la realidad social española.

II: Está claro que el debate de cómo operar ante el aumento de los flujos migratorios es una controversia que sobrevuela este caso y también que es prácticamente imposible dejar de lado el plano moral para defender una mayor laxitud en el trato hacia los inmigrantes irregulares. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra contaminado por una moral interna pues, a pesar del positivismo jurídico en el que vivimos, para la creación y operatividad del Derecho, por muy objetivo e imparcial que se pretenda ser, no existe una única respuesta para abordar las temáticas susceptibles de ser reguladas y es imposible huir de consignas, sentimientos, valores arraigados en la sociedad, intereses económicos, etc. Por tanto, desde mi punto de vista, apostar por la hospitalidad de Habermas y por el pensamiento de Ricoeur que tratamos en el apartado 1.6. es necesario por una cuestión de humanidad y responsabilidad social, valores que un Estado de Derecho siempre debe aspirar a incorporar y mejorar.

Se debe tener en cuenta que la inmensa mayoría de inmigración tiene lugar por la falta de trabajo o la mala calidad del mismo en los países en vías de desarrollo, fruto de la desigualdad global y que los flujos migratorios son parte de la historia de la humanidad. También hay que visualizar que la aceptación de las personas que dejan sus países es una cuestión de Derechos Humanos y juega un papel crucial en nuestros desequilibrios demográficos, además de ser fuente de innovación y diversidad. De esta forma, se percibirá la inmigración como lo que es, una oportunidad, y esa idea de la inmigración como problema, que en el fondo, no es sino un síntoma de nuestra debilidad e incapacidad para gestionarla, se eliminará progresivamente.

Lo que sí se antoja como cierto es que los países como España o Italia cargan con la inmigración de una forma desproporcionada, cuando debería asumirse a nivel europeo. Para subsanar este problema, en la UE se podría crear un plan para la distribución de los inmigrantes que lleguen a Europa, atendiendo a factores como la densidad de población de los países, la tasa de paro y demás ratios socio-económicos que sirvan de protocolo para actuar de una forma conjunta y equitativa.

III: El derecho a la vivienda reconocido en la CE no opera con el fin de facilitar una vivienda a cada persona, sino que se trata de un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo las actuaciones precisas que hagan factible el disfrute de una vivienda digna y adecuada. No obstante, en España el número de desahucios ha aumentado en la última década fruto del número insuficiente de viviendas sociales, la creciente falta de asequibilidad de la vivienda, sobre todo en el mercado privado, debido a los precios excesivos y la falta de protección adecuada de la seguridad de la tenencia, así como el elevado número de hogares sin vivienda.

En el caso que nos atañe, doña Lucía podrá desahuciar a doña Rosaura al cumplirse el requisito del art. 1569 CC, la falta de pago en el precio convenido. Además, debido a la modificación de la LEC introducida por la Ley 5/2018, en relación a la ocupación ilegal de viviendas que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, propicia que la persona física propietaria, doña Lucía en este caso, solicite la inmediata recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella. Si bien el desenlace no puede ser otro que la entrega de la vivienda, doña Rosaura podría ganar tiempo con la suspensión del desahucio al encontrarse en un supuesto de especial vulnerabilidad por tratarse de una familia monoparental con tres hijos a cargo y no superar el baremo económico correspondiente.

Una vez haya optado por la suspensión del desahucio o no, la opción más recomendable para solucionar la controversia sería un acuerdo extrajudicial, más concretamente la transacción extraprocésal. Consistiría en que las partes llegasen a un acuerdo para el pago de la deuda y en que doña Rosaura abandonase voluntariamente la vivienda.

Ya por último, en lo que respecta a la potencial cláusula abusiva del contrato nulidad, del art. 6 LAU se desprende que si se encuentra enmarcada fuera de los arts. 6 al 28 LAU supone un abuso del arrendador hacia el arrendatario, motivo que provoca su nulidad. También es determinante el principio de justicia contractual, gracias al cual se procedería a reclamar que las prestaciones que se desprenden del contrato a las que las partes están sujetas no supongan un desequilibrio económico. Sobre este aspecto, la doctrina se inclina por la nulidad de pleno derecho relativa, la cual opera como una técnica de control del contenido contractual que favorece a una parte predeterminada frente a otra.

IV: Los extranjeros en prisión cuentan con numerosos derechos reconocidos en la LOEx, en la LO 1/1979 y en el reglamento que la desarrolla, sobre la base del art. 25.2. CE, al estipular que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Romeo ha visto como dos de estos derechos le resultaron desposeídos, tanto el derecho a la educación como la imposibilidad renovar su documentación.

Desde la Administración Penitenciaria justificaron tales privaciones en la sobrevenida situación de irregularidad de Romeo, provocada por la negativa de la propia Administración para que el reo realizara los trámites necesarios para que no se produjera. Aun así, a pesar de la falta de diligencia mostrada, Romeo tendría la posibilidad de legalizar su situación, ya que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, como son el arraigo, por razones de protección internacional y/o razones humanitarias, posibilidad que en ningún momento se le ha facilitado.

Entonces se deduce que la privación de derechos que ha sufrido Romeo está totalmente injustificada, pues como establecen la STC 74/1985 y la STC 2/1987 desde el momento en que el reo entra en prisión se crea una relación de sujeción especial entre este y la Administración. Esto implica una relación jurídico-penitenciaria entre la propia Administración y el penado, que genera derechos y deberes para ambas partes, siendo la primera la encargada de velar por el cumplimiento de los derechos y deberes de los internos hasta tal punto que su papel consiste en la búsqueda y facilitación de los derechos que les asisten.

Para revertir esta situación Romeo cuenta con diferentes opciones: optar por realizar una petición o quejas ante la Administración Penitenciaria, o bien por el planteamiento de la apelación y la queja tras el recurso de reforma o, en su defecto, por el recurso de casación para unificar doctrina. No obstante, en una conversación telefónica con doña Rosaura a día 2 de abril de 2020, me ha comunicado que la Administración Penitenciaria ha rectificado y que Romeo se encuentra en vías de renovar su pasaporte y de comenzar un ciclo de peluquería.

V: Cuando Romeo haya cumplido la pena privativa de libertad a la que se encuentra sometido existen varias posibilidades: la expulsión del territorio nacional del art. 89 CP, el cumplimiento de condena en el país de origen, el disfrute de la libertad condicional por parte del extranjero en su país de origen y, por último, optar por la vía de la regularización administrativa para permanecer en España con garantías.

El cumplimiento de condena en el país de origen queda descartado porque ya se ha establecido que cumplirá la pena en España y la expulsión también porque, a la luz del art. 89.4. CP, no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. Cabe recordar que Romeo lleva 5 años viviendo en España, al igual que toda su familia, por tanto ni expulsión ni el disfrute de la libertad condicional en su país de origen no tendría sentido. El TJUE refuerza la postura expuesta al aseverar que un Estado miembro no puede expulsar a los extranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado ha de valorar la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

Una vez descartadas el resto de opciones, la restante es la regularización administrativa para permanecer en España con garantías. Para que se materialice y Romeo pueda disfrutar un permiso de residencia y/o trabajo debe producirse la cancelación de los antecedentes penales o, a la luz del art. 71.5 del RD 557/201, previa solicitud de oficio de los respectivos informes, se valorará que haya cumplido la condena y que haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena.

La situación que se muestra no es singular. En los últimos años hemos visto que se ha pretendido fomentar la expulsión y una diferenciación de derechos según en la situación administrativa en la que se encuentre el preso, aunque en teoría no debieran ser diferentes de los que prevén nuestras leyes para los reclusos nacionales. Resulta altamente complicado compatibilizar lo anterior con la reeducación y reinserción social porque tanto la expulsión como las privaciones desembocan en una exclusión social injustificada del preso perjudicado, ya que legalmente, tanto internos españoles como extranjeros, gozan de los mismos derechos aunque, a estos últimos se les confiere algunos matices específicos que regulados en Leyes y Reglamentos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN CALVETE, J., 2018. Formulario de Arrendamientos Urbanos, Tirant lo Blanch, Valencia [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491698531]

BALCARCE, G., 2014. *Hospitalidad y tolerancia como modos de pensar el encuentro con el otro*. Una lectura derrideana, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires [http://www.scielo.org.co/pdf/ef/n50/n50a11.pdf/965]

BARONA VILAR, S., 2018. *Nociones y principios de las ADR (solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, (https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491901488)

BENITO SÁNCHEZ, J.C., 2019. Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. *Revista jurídica de los Derechos sociales Lex Social*, vol.9 [file:///C:/Users/manue/Downloads/4228-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12550-2-10-20200118.pdf]

BESSER VALENZUELA, G. 2014. *El proceso de desahucio por falta de pago*, Marcial Pons, Madrid [https://elibro-net.accedys.udc.es/es/ereader/bibliotecaudc/58753]

CANO, G., ETXEZARRETA, A., 2014. La crisis de los desahucios en España: respuestas institucionales y ciudadanas. *Revista de Economía Crítica*, nº17, [http://www.revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n17/03_Cano-Etxezarreta_Crisis-de-los-desahucios.pdf]

CHOCRÓN GIRÁLDEZ A., M^a., 2020. *Control Judicial de las Privaciones de Libertad de los Extranjeros en Situación Irregular*, Tirant lo Blanch, Valencia, (https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788499858166)

DANIEL CESANO, J., 2003. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol.36 no.108. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-86332003000300003&lng=pt&nrm=iso]

DE VIVERO DE PORRAS, M^a.C., 2017. *Los Acuerdos Extrajudiciales de Pago en Procesos de Insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, (https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491197935)

DÍAZ RODRIGUEZ, C., 2003. La vivienda en España: reflexiones sobre un desencuentro. *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales Scripta Nova*, vol. VII, núm. 146 [http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-146(095).htm]

ESPLUGUES MOTA, C., DE LORENZO SEGRELLES, M., 2001. *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, [https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=486834]

GARCÍA AÑÓN, J., 2002. Derechos de los extranjeros y discriminación. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 [https://www.uv.es/cefd/5/garciaanon.htm]

GARCÍA MORENO, L., 2018. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491906056]

- GIMÉNEZ BACHMANN, M., 2015. *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, Valencia [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490864388]
- MANZANOS BILBAO, C., 1998. *Salir de prisión: la otra condena*, Fundación Dialnet, [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2698837]
- MOLINA ROIG, E., 2018. *Una Nueva Regulación Para los Arrendamientos de Vivienda en un Contexto Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491902478]
- MORA ALEMANY, R., 2013. ¿También los extranjeros son iguales ante la ley? *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2013-12-6085/Documento.pdf]
- NISTAL BURÓN, J., 2018. *La condición del extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, (https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491696971)
- PALLARÉS SALES, L., PACHECO JIMÉNEZ, M^a NIEVES, 2011. *El derecho a la vivienda del reconocimiento constitucional a la realización efectiva*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Castilla La-Mancha [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3977281]
- PASTOR SELLER, E., TORRES TORRES, M., 2017. El sistema penitenciario y las personas privadas de libertad en España desde una perspectiva internacional. *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol.12 no.23.
- RAWLS, J., 1979. *Teoría de la justicia*, [https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf]
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., OLMEDO CARDENETE, M., 2014. *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 157 [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490534588]
- SAN CRISTÓBAL REALES, S., 2011. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid [file:///C:/Users/manue/Downloads/Dialnet-LaTransaccionComoSistemaDeResolucionDeConflictosDi-3625355%20(2).pdf]
- SANTACRUZ IGLESIAS, C., 2014. Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Barataria*, N° 17 [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4903854]
- SOLAR CALVO, P., 2018. *El Sistema Penitenciario Español en la Encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, BOE, Madrid, 2018
- VÁZQUEZ BARROS, S., 2012. *Ley de arrendamientos urbanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, [https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490047347]
- VELASCO CRUZ, S., 2007. *El racismo y las tres formas básicas de combatirlo*. Cultura representaciones sociales, vol.2 no.3 [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102007000200006]

Hipervínculos web y documentación manejada

<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/ProteccionAsilo/informacion/index.html> [Consultado el 23/03/2020]

https://eacnur.org/blog/proteccion-internacional-la-esperanza-de-millones-de-personas-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/ [consultado el 23/03/2020]

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201485/Informacion_solicitantes_Asilo_Espa%C3%B1ol_126160083.pdf/d8fb2cb4-9bc4-4a53-9032-628c02f1e114

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/enseReglada/educacionRegladaYformacion.html> (consultado a 06/05/2020)

<http://www.icajaen.es/contenido/documentos/2005/cursos/docssoaps/ponencia%20ubeda%20extranjeros%20en%20prision.pdf>

Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Informe sobre discriminación de personas migrantes y refugiadas en España*, Dirección General de Migraciones, 2016, págs. 9 y 13 [<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-discriminaci%C3%B3n.pdf>]

FERNÁNDEZ, M., VALBUENA, C., CARO, R., 2017. *Informe-Encuesta sobre la evolución del racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia en España*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social [http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/temas/tema_02.htm]

Estudio monográfico de la European Migration Network, *Retorno de solicitantes de asilo rechazados: desafíos y buenas prácticas*, 2016, pág. 20 [http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/redeuropeamigracion/Estudios_monograficos/ficheros/2015_2016/ES-_Rejected_Asyllum_Seekers_final_30032016.pdf]

Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2016. *Jurisprudencia Penitenciaria*, pág. 346 [http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202317/Jurisprudencia_penitenciaria_2016_126150402.pdf/4c18e7b8-88c0-41e4-a924-d077efaae42f]

VIII. APÉNDICE LEGISLATIVO

Estatutos Aprobados por el Decreto 101/2004 de 13 de mayo (D.O.G. de 26 de mayo) y modificados por el Decreto 194/2007, de 11 de octubre (D.O.G. de 17 de octubre)

Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema universitario de Galicia (ELI:<https://www.boe.es/eli/es-ga/1/2013/06/13/6/con>)

Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/04/12/4/con>)

Constitución Española (en adelante, CE) (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC) (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, CCo) (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con))

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante, Ley 12/2009) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con>)

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RD 557/2011) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>)

Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (en adelante, RD 203/1995) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/02/10/203/con>)

Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>)

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>)

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (ELI: <http://data.europa.eu/eli/treaty/teec/sign>)

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con>)

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/1994/11/24/29/con>)

Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2018/06/11/5>)

RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/11/15/27/con>)

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/05/14/1/con>)

RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2015/02/27/1/con>)

LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (<https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>)

Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (ELI:<https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2015/07/29/24/con>)

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/5/con>)

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/02/09/190/con>) (en adelante, RD 190/1996)

Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 14 de diciembre de 2001, Dirección General de Instituciones Penitenciarias (Ministerio del Interior)

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)

IX. APÉNDICE JURIPRUDENCIAL

STC de 23 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:107) FJ III

STC de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236) FJ IV

STSJ Baleares de 29 de enero de 2016 (ECLI: ES:TSJBAL:2016:40) FJ III

STSJ Santa Cruz de Tenerife de 9 de julio de 2015 (ECLI: ES:TSJICAN:2015:3142) FJ IV

STSJ Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TSJCLM:2015:138) FJ III

SAP Melilla de 13 de mayo de 2015 (ECLI: ES:APML:2015:122) FJ I

STS de 23 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:4211) FJ I

STC de 21 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:34.) FJ I

STC de 13 de febrero de 1985 (ECLI:ES:TC:1985:19) FJ I

STC de 23 de noviembre [ECLI:ES:TC:1984:107] FJ III

STC de 18 de junio (ECLI:ES:TC:1985:74) AH III

STC de 21 de enero (ECLI:ES:TC:1987:2) FJ II y III

STS de 17 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1494) FJ II

SAN de 12 de abril de 2012 (ECLI: ES:AN:2012:1870) FJ II

STS de 15 de octubre de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:853) FJ IV